República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-00202-2021

Radicado N° 01 2018 00419 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia dictada el 13 de julio de 2020 por el Juez Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la demandada al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GLORIA INES RAMOS DE SANCHEZ, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** con el fin de se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge, NESTOR SANCHEZ GAITAN, a partir del 8 de marzo de 2016, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que el causante NESTOR SANCHEZ GAITAN nació el 9 de agosto de 1949; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES un total de 884.29 semanas; que mediante Resolución N° 112082 del 14 de julio de 2011, la demandada reconoció al causante una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de $8.282.856; que con posterioridad el causante continuo cotizando la sistema de pensiones y completó 158.57 semanas entre noviembre de 2011 y el 13 de julio de 2015 y que falleció el 8 de marzo de 2016. Aduce que se encontraba casada con el causante desde el 29 de noviembre de 1969; que procrearon tres hijos y convivieron aproximadamente 49 años de forma ininterrumpida hasta el momento del fallecimiento, lapso durante el cual siempre se brindaron ayuda y asistencia mutua; que el 13 de marzo de 2017, solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de invalidez y ésta negó el reconocimiento del derecho mediante Resoluciones SUB 53229 del 5 de mayo de 2017 y SUB 119518 del 6 de julio de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del causante, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, la fecha de fallecimiento y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 41 a 47).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá al que le correspondió tramitar la primera instancia mediante sentencia del 13 de julio de 2020, condenó a la demandada al reconocimiento y

pago de la pensión de sobrevivientes. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la existencia del derecho a la prestación de sobrevivientes a favor de la señora GLORIA INÉS RAMOS DE SÁNCHEZ, en este caso identificada con la cédula de ciudadanía número 30.288.520 en su calidad de beneficiaria del asegurado fallecido a partir del 9 de marzo del 2016, según lo indicado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción conforme también lo indicado en la parte emotiva de la presente decisión. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho la demandante, la señora GLORIA INES RAMOS DE SANCHEZ en su calidad del cónyuge del afiliado fallecido a partir del 9 de marzo del 2016 en cuantía igual, en este caso, al salario mínimo legal vigente para cada anualidad con los reajustes legales y adicionales causados, según lo expuesto en la parte motiva la presente decisión. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES, a reconocer y pagar al aquí demandante, los intereses moratorios causados en este caso a partir del 13 de mayo del 2017 y hasta que se efectivice su pago, según lo expuesto en la parte motiva también de la presente decisión. **QUINTO: ORDENAR** en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, la devolución de las sumas de dinero reconocidas mediante Resolución número 112082 del 14 de julio del 2011. **SEXTO: CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de las costas procesales por haber resultado vencida en el presente asunto. Es el caso aclarar por parte de este despacho judicial para los fines pertinentes que, en lo que tiene que ver con el documento anteriormente indicado, la parte actora cuando presentó la demanda correspondiente para que no haya ningún tipo de inconsistencia más adelante, señaló en su parte inicial como documento de identificación el número 30.288.520, en pero una vez presentada la demanda correspondiente aclaró y en este caso para que no quede ningún tipo de duda y no haya lugar también a solicitud de aclaración o corrección, que el documento de identificación de la*

demandante corresponde a la cédula de ciudadanía número 41.534.708, lo anterior para todos los efectos pertinentes y en lo que tiene que ver a que se mantiene incólume la decisión proferida por este despacho judicial."

El Juez definió el problema jurídico en establecer la compatibilidad entre la indemnización sustitutiva recibida por el causante con la pensión de sobrevivientes que se reclama y en dado caso establecer si la demandante tiene derecho a dicha prestación. Para resolverlo indicó que el causante cumplía los requisitos definidos en la Ley 797 de 2003 para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes; que la demandante acreditó ser beneficiaria de la prestación en su condición de cónyuge supérstite. Sobre la compatibilidad de las prestaciones dijo que, de acuerdo con el criterio reiterado expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que un causante hubiere recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no excluye la posibilidad de que sus beneficiarios reclamen la pensión de sobrevivientes.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la prestación aquí reclamada es incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que en su momento se pagó al demandante, pues son prestaciones causadas con fundamento en los mismos aportes. Dice además que la pensión no se causó y que de todas formas tampoco procedería la condena al pago de intereses moratorios, pues estos se predican respecto de las mesadas pensionales previamente reconocidas y no pagadas, situación que no ocurre en este asunto donde la entidad no ha reconocido mesada

laguna, agrega que el actuar de su representada siempre ha sido de buena fe y por ello tampoco procedería la condena[1].

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto se acreditó el derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

---

[1] *"Señor juez, presento recurso de apelación para que sea resuelto por los honorables magistrados y revoque la sentencia dictada el día de hoy, 13 de julio del año 2020, solicitando respetuosamente se revise el caso en concreto contemplando que el señor Néstor Sánchez Gaitán recibió una prestación económica pensión sustitutiva de vejez en vida, por lo que a todas luces resulta improcedente por incompatibilidad del reconocimiento de pensión de sobrevivientes, por lo que acceder a la prestación solicitada generaría una doble asignación prestacional por los mismos aportes realizados por el afiliado en concordancia con el artículo 6 del Decreto 1730 del 2001 que estipula incompatibilidad, salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994 las indemnizaciones sustitutivas de vejez, de invalidez y sobrevivencia son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez y sobrevivencia. Asimismo cree que frente a la solicitud del reconocimiento y pago de intereses moratorios es pertinente manifestar, que el artículo 141 de la ley 100 de 1993 estableció a partir del 1 de Enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales del que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará una pensión al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago, que conforme a la anterior y toda vez que en el presente caso no se ha dado reconocimiento de la pensión en razón a que, para mi representada es evidente que no se ha cumplido con los requisitos establecidos y existe una coexistencia, no es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, y aunado a lo anterior, COLPENSIONES siempre ha actuado de buena fe, no sólo ante las entidades o personas que acuden a ella en calidad de usuario o afiliado y en desarrollo de lo expresado nuestra Carta Magna en el artículo 83 también indica que, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán subirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que ellos adelanten. Teniendo en cuenta lo anterior, y que eso afecta el erario público de mi representada, solicito se revoque la decisión de primera instancia, gracias".*

artículo 66 A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación; y los demás, se conocerán en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el causante dejó causada la pensión de sobrevivientes que se reclama.

VII. CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia que ***i)*** NESTOR SANCHEZ GAITAN falleció el 8 de marzo de 2016 (folio 18). ***ii)*** que el causante se encontraba casado con GLORIA INES RAMOS NAVAS desde el 29 de noviembre de 1969 (fl. 17); ***iii)*** que el causante realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES entre el 16 de agosto de 1968 y el 30 de junio de 2015, para un total de 1.042,88 semanas (fls. 19 a 21); ***iv)*** que mediante Resolución N° 112082 del 14 de julio de 2011 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al causante en cuantía de $8.282.856 (fl. 23); ***v)*** que el causante cotizó 158,57 semanas entre el 1° de febrero de 2012 y el 30 de junio de 2015, de las cuales cotizó 98,59 semanas entre el 8 de marzo de 2016 y el 8 de marzo de 2013 ***vi)*** que mediante Resoluciones SUB 53229 del 5 de mayo de 2017 y SUB 119518 del 6 de julio de 2017 la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión a la demandante (fls. 23 a 29).

- **Incompatibilidad de la Pensión de sobrevivientes con la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de vejez.**

Para resolver el primer aspecto de la controversia, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, definió la indemnización sustitutiva como la prestación económica que se reconoce a favor de aquellos afiliados al régimen de pensiones que cumplen la edad necesaria para acceder a la misma sin el número de semanas establecidas

para el efecto, y que manifiesten la imposibilidad para seguir cotizando.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1730 de 2001, determinó la incompatibilidad de este derecho con las pensiones de invalidez y de vejez, y dispuso que *"las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto."*

Sobre la compatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de sobrevivientes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión pronunciarse para definir, que cuando a un afiliado que fallece se le ha reconocido en vida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ello no impide que sus beneficiarios reciban o reclamen la pensión de sobrevivientes, pues esa indemnización que recibió el afiliado sustituye concretamente esa pensión de vejez y no aquellas que se causen por las demás contingencias que cubre el sistema, como son la invalidez y la muerte (sentencia SL4064-2019, SL44791-2015, SL9769-2014).

De lo anterior resulta claro para la Sala, que la indemnización sustitutiva que recibió en vida NESTOR SANCHEZ GAITAN no es incompatible con la pensión de sobrevivientes que hoy reclama su cónyuge, pues ésta corresponde a un riesgo distinto al que en su momento se amparó con dicha indemnización y por ello resulta procedente estudiar la existencia del derecho de la demandante a recibir esta prestación. Con mayor razón cuando COLPENSIONES reactiva la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones del causante, quien con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva y antes de su deceso cotizó 158,57 semanas, aportes que no fueron objetados por la demandada, pero que al momento de causarse el derecho a la prestación económica pretende desconocer sus efectos jurídicos.

- **Sobre la Pensión de Sobrevivientes.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que ha sido posición pacífica y reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como lo ha señalado en las sentencias Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 8 de marzo de 2016, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que otorga el derecho a la pensión al grupo familiar del afiliado que hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

Advierte la Sala que las pruebas aportadas al expediente acreditan que NESTOR SANCHEZ GAITAN dejó causada la pensión de sobrevivientes que se reclama en este proceso, pues acreditó haber cotizado 98.59 semanas dentro de los 3 años anteriores al deceso (entre el 8 de marzo de 2013 y el 8 de marzo de 2016), ello se deduce de la historia laboral que obra de folios 19 a 21 del expediente.

Definida la causación del derecho pasa la Sala a establecer si la demandante GLORIA INES RAMOS DE SANCHEZ acreditó la condición de beneficiaria de la prestación que reclama en este proceso en su condición de cónyuge supérstite.

Para este efecto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma vigente

en la fecha del fallecimiento, establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante en calidad de cónyuge supérstite.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que la demandante y el causante se encontraban casados desde el 29 de noviembre de 1969 (fl. 17) y que convivían desde esta fecha.

En efecto, según las declaraciones rendidas por DOWAL ANTONIO MUÑOZ GALEANO (CD. 3 min. 31:16), quien dijo ser el

esposo de una sobrina de la demandante y ADRIANA RAMOS SANCHEZ (CD. 3 min. 48:36) sobrina de la demandante, la demandante convivió con el causante durante más de 46 años, señalaron que el causante era farmaceuta y que era quien solventaba los gastos del hogar que formaba con la demandante, que ellos tenían 3 hijos y nunca conocieron que éste tuviera otra pareja o más hijos, que siempre los veían juntos como una pareja hasta el momento en que el señor Néstor sufrió un paro cardiaco que le ocasionó la muerte. Manifestaron que les consta lo dicho porque son muy cercanos a la pareja y los visitaban frecuentemente.

La Sala otorga total credibilidad a los testigos referidos en cuanto fueron contestes y coincidentes en sus manifestaciones, además de que su dicho proviene de un conocimiento directo de los hechos. Por ello, la Sala entiende que la demandante convivió con el causante hasta la fecha en que falleció y por lo menos desde el momento en que contrajeron matrimonio, es decir 47 años antes del fallecimiento, razón suficiente para concluir que acreditó la condición de beneficiaria de la prestación que reclama, y como ya se anunció se confirmará la sentencia que ordenó el reconocimiento de la prestación a partir del 9 de marzo de 2016, en trece mesadas anuales y en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, base sobre la cual efectuaba cotizaciones NESTOR SANCHEZ GAITAN. También se confirmará la sentencia respecto de la autorización para que la demandada descuente del retroactivo pensional causado, el valor que se canceló en su momento al causante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Ahora bien, frente al descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de

pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que realice el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado y de las mesadas subsiguientes.

- **Intereses Moratorios**

Sobre el particular, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del Sistema de pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, y tratándose de la primera de ellas la mora se entiende ocurrida cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho contados desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos meses, pues así lo dispone el artículo 1° de la Ley 717 de 2001.

Así las cosas, el Tribunal también confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la demandada al pago de intereses moratorios. Para el efecto se advierte de las pruebas aportadas al expediente que la demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión desde el 13 de marzo de 2017 (fl. 23), por ello procede el pago de este derecho a partir del 13 de mayo de 2017 (dos meses después de presentada la solicitud), por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando efectúe su pago.

- **De la Excepción de Prescripción**

Al efecto, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS disponen que las acciones para reclamar derechos laborales prescriben en tres años, de ello y de las pruebas aportadas al expediente concluye la Sala que dicho medio exceptivo no operó en el caso bajo estudio en cuanto el derecho causado el 8 de marzo de 2016 (fl. 18) se reclamó a la demandada el 13 de marzo de 2017 (fl. 23), y como la demanda se presentó el 12 de julio de 2018 (fl. 31) es claro que no transcurrió el término trienal referido.

Finalmente, y para responder el argumento de apelación referido a que no es procedente el pago de los intereses moratorios porque éstos solo están previstos para las mesadas pensionales previamente reconocidas, precisa la Sala, que la resolución expedida por la entidad pagadora de pensiones en la cual se reconoce la prestación no es un título constitutivo o generador de su obligación sino el medio a través del cual la entidad está declarando su existencia y por ello reconociendo su condición de deudora, por lo que no es necesario que exista un acto administrativo previo que reconozca el derecho para entender que la entidad se encuentra en mora del pago de tal obligación.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de AUTORIZAR a COLPENSIONES para que realice el

descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0177-2021

Radicado N° 02 2017 00463 01

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al pago de una indemnización moratoria y se negaron las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ALVARO PARDO VARGAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **BRINKS DE COLOMBIA S.A.** Solicita que se declare la existencia de un contrato a término indefinido vigente entre el 5 de julio de 1994 y el 27 de septiembre de 2016; que fue promovido en encargo al puesto de director de control operativo entre el 3 de febrero de 2014 y el 27 de septiembre de 2016. Como consecuencia de las anteriores declaraciones pide que se condena a la demandada

al pago de la indemnización por despido indirecto, al pago de la diferencia salarial causada en los años 2014, 2015 y 2016 por el nuevo cargo desempeñado, reliquidación de prestaciones sociales, bono establecido para el cargo de director de control operativo, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 5 de julio de 1994, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que inicialmente desempeñó la labor de cajero; que en febrero de 2014, devengaba la suma de $3.155.000 y desempeñaba el cargo de líder de procesamiento de plataforma; que el 3 de febrero de 2014, la demandada lo encargó en el puesto de director de control operativo por renuncia del titular; que el salario correspondiente a dicho cargo para el año 2014 era de $5.517.460 y anualmente se le reconocía un bono que para el año 2012 correspondía a $9.073.401.

Manifiesta que al ser encargado de dicho puesto su jefe inmediato le prometió el pago de la diferencia salarial, pues en virtud del nuevo cargo debía tener una disponibilidad de 24 horas, que además era el responsable de vigilar las actividades de las 5 personas que estaban a cargo de esa dependencia; que ante el no pago de la diferencia salarial prometida, en primera medida solicitó de manera verbal el pago a su jefe inmediato; que ante la falta de respuesta los días 6 y 8 de julio, solicitó por escrito el pago de lo adeudado. Manifestó que el 16 y 23 de septiembre de 2016 se reunió con las directivas de la demandada para tratar el tema y se definió que evaluarían la situación sin que se materializara el pago; que el 27 de septiembre de 2016, presentó renuncia motivada en el incumplimiento del pago de los salarios adeudados, y que solo hasta el 4 de noviembre de 2016 le cancelaron la liquidación de prestaciones correspondiente sin que se tuviera en cuenta el salario que en realidad le correspondía.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

BRINKS DE COLOMBIA S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral y frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de prescripción, pago total de las acreencias laborales, inexistencia de obligaciones demandadas, inexistencia de cambio de cargo o encargatura durante la relación laboral, temeridad y mala fe del demandante, buena fe y lealtad de la demandada (fls. 143 a 155).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 18 de agosto de 2020, condenó al pago de una indemnización moratoria y negó las demás pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A. de todas las peticiones incoadas en su contra por el demandante ÁLVARO PARDO VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía N° 77.44853, por las razones anteriormente expuestas. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas propuestas por la demandada. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A. al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. la cual se concreta en un día de salario por valor de $118.984 a partir del 28 de septiembre de 2016 al 3 de noviembre de 2016 día anterior a la fecha de pago. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandante, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente".*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el pago de la diferencia salarial que reclama el demandante y si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido indirecto que se reclama. Para resolverlo indicó que de acuerdo a las pruebas aportadas al expediente, no resulta claro que el actor haya sido promovido al cargo de director de control operativo, ni que hubiere asumido la totalidad de las funciones definidas para ese cargo, ni tampoco que hubiese celebrado acuerdo alguno con la demandada para recibir el salario que correspondía a dicho cargo. Sobre la terminación del contrato precisó que si bien el actor presentó renuncia fundamentada en la falta de pago de la diferencia salarial generada por el cambio de cargo, lo cierto es que al no acreditarse que tenía derecho al nuevo salario, no se encontraba justificada la razón que adujo para dar por terminado el contrato y por ello no es procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa. Finalmente, estimó procedente la condena al pago de la indemnización moratoria, pues la demandada retardó de manera injustificada el pago de la liquidación final del actor.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que las pruebas que obran en el expediente acreditan que el actor desempeñaba en encargo el cargo de director de control operativo, que para ello la empresa le prometió realizar el ajuste salarial correspondiente y que eso no ocurrió, dice que las pruebas testimoniales y documentales dan cuenta que al actor le fueron asignadas gran parte o la mayoría de las funciones que correspondía al cargo de director sin recibir la remuneración adicional que le correspondía. Sobre la terminación del contrato adujo que está probado que el demandante decidió dar por terminada la relación ante el incumplimiento de las promesas

realizadas por la demandada, referidas al aumento de salario por cambio de cargo[1].

---

[1] *"Pese al resultado de su decisión y al análisis que hizo de las pruebas aportadas tanto de la parte demandante como de la parte demandada, sin embargo, el proceso se enderezó por la ruta que trazaron en la demanda inicial, como la argumentación expuesta genéricamente por la demandada al siempre recurrir al sofisma del señor Pardo, no fue promovido al cargo de director de operaciones, en eso el testigo Silva también dijo que era el jefe a cargo, una persona muy versaba, manifestó concretamente aunado al interrogatorio que no podía ser promovido a ese cargo porque ese cargo requería de ciertas condiciones como ser profesional y Pardo apenas era un simple bachiller, ese fue el sofisma, pero el proceso en realidad debió concretarse al hecho de que el señor desde el momento en que renunció al cargo de director operativo, el señor Leonardo Bustamante, le prometieron que le iban a pagar la regulación a cargo del ejercicio de sus actividades, y en eso los testigos y en eso, el abundante material documental a que usted se refirió a esos correos, como válidas porque son emanados de los mismos correos oficiales de la empresa, demuestran que evidentemente el señor Pardo desempeñó muchas de las funciones o en su mayoría, las funciones que tenía anteriormente el señor Bustamante como director. Entonces, la final no fue promovido, nunca se habló de que el señor fue promovido a un cargo superior y que por eso tenía el derecho, sino que simplemente que se le encargaron de las funciones de ese cargo desde el momento de la renuncia de Bustamante y por eso le habían prometido y debieron pagarle los salarios correspondientes. Es increíble que un empleado recurrentemente solicite a sus jefes inmediatos el pago de lo prometido, tanto así que existen los correos como usted bien lo menciona y la propia representante legal así lo confesó en varias oportunidades, el señor Pardo reclamo, es decir uno entiende que si una persona reclama es por algo, por lo prometido y evidentemente lo prometido no lo cumplió la empresa. Por eso la finalización de ese proceso fue su renuncia motivada o mejor su despido indirecto, aduciéndole precisamente a la empresa el incumplimiento de esa promesa. Eso fue muy claro y los testigos desde luego, de la empresa, pues hay que tomarlos con ciertas pinzas porque estos son testigos que obviamente, con personalidad, con cierta preparación, que están continuamente en procesos, que saben cómo contestar, etcétera, etcétera. Pero el testigo de parte del demandante, el señor Acero, sí manifestó concretamente "Pardo tenía el encargo, Pardo tenía a su cargo el personal que antes tenía Bustamante, luego si lo desempeño", el señor Camilo Silva fue por eso muy especial en cuidarse en que si le habían encargado unas funciones, pero que estas funciones también se dispersaron en otros funcionarios porque él era el jefe, y pues claro, él es el representante de la empresa en estos asuntos y obviamente por eso yo tache ese testigo porque, pues, es un testigo bastante inteligente, sereno, prudente y claro sincero como dice usted en su respuesta, eso sí no lo puede saber nadie porque eso es del resorte íntimo de la persona cómo va a declarar. Entonces fíjense ustedes cómo se orientó así que nunca fue promovido y realmente eso es cierto, nunca fue promovido, él fue encargado de esas funciones y con la promesa de específica de pagarle las diferencias salariales. Ahora bien, en cuánto a que el señor que renuncio o no renunció o fue un despido indirecto, digamos que la renuncia que presentó el señor hay que analizarla en su contexto, porque obviamente él después de múltiples solicitudes y de sentirse engañado por la empresa, pues no le quedó otro remedio más que presentar una renuncia aduciéndole justa causa a la empresa el incumplimiento de sus promesas, eso es claro también y debe ese hecho inferirse de toda la prueba indiciaria y de la prueba documental que existe abundantemente porque usted lo dijo claramente, esos correos electrónicos tienen plena validez, pero al final se le restan validez, pues no producen ningún efecto. En consecuencia pues del análisis probatorio, ese tanto de los testigos como de la parte documental, yo sí creo que existen suficiente razones para que hubiera condenado a la empresa a pagar las diferencias salariales impetradas en la demanda inicial. En consecuencia por esas razones interpongo el recurso de apelación, en lo obviamente no concedido por la empresa o sea en el numeral primero, donde absuelve de las pretensiones iniciales. Igualmente por último, me ataca o me surge una duda, sí de todas maneras el demandante gano el proceso porque hubo condena, porque nos condena en costas señora Juez, muchas gracias".*

Por su parte el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión que condenó a la empresa al pago de la indemnización moratoria. Al efecto aduce que dada la renuncia intempestiva del demandante, la empresa no tenía previsto el pago de sumas adicionales como una liquidación, que además de ello en los términos de la jurisprudencia de la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el empleador cuenta con un plazo razonable para realizar el pago respectivo a la finalización del contrato y en este caso la empresa tomó un término de 15 o 120 días hábiles para efectuar el pago de lo adeudado.[2]

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones para solicitar que se revoque la decisión de

---

[2] *"Si señora juez, primero, acorde con lo obrado y lo actuado dentro del proceso, solicitar que se hiciera una claridad o una adición en el fallo en el sentido que en audiencia anterior y frente al interrogatorio del demandante, se procedió obrar acorde con el artículo 205 del Código General del proceso, esto es una confesión ficta o presunta, y para ello se entregó sobrecerrado el pronunciamiento de la señora jueza en su oportunidad, es que se iba a dar manifestación al respecto en el fallo y no sé, no lo escuché, entonces quisiera una adición respecto a eso. Y, adicionalmente quisiera interponer recurso de apelación dada la condena que se nos hace al pago de la indemnización moratoria desde el 28 de septiembre 2016 al 03 de noviembre del 2016, por no haber pagado la liquidación el mismo día de la presentación de la renuncia, o a más tardar el día siguiente acorde como quisiera plasmarlo el artículo que norma este particular. Al respecto considero que si bien es cierto que se presentó una renuncia a la misma, es intempestiva, no es previsible por la compañía, por lo que no es posible que se realice el pago en el mismo día. Adicionalmente, basta con recordar que existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y diversos pronunciamientos que han indicado que esta indemnización no procede de forma automática, sino que la empresa tiene algún término o un tiempo suficiente y pertinente mientras se adelantan unos trámites al interior de la compañía, esto pues específicamente está plasmado en la sentencia 31712 del 2007, en el que se indica que las empresas cuentan con un término prudencial para proceder con el pago de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, allí en esa jurisprudencia pues se decanta una serie de argumentos que defienden o más bien, dan a conocer porque las empresas pueden tardar un término de entre 15 y 20 días hábiles, que es más o menos lo que se tardó el pago para el caso que nos ocupa, y tiempo en el que pues se surtieron trámites como la solicitud de paz y salvos, la entrega del puesto de trabajo, diversos temas y factores, se debe hacer la provisión de la liquidación, entregarle la liquidación al trabajador para que la apruebe, realizar el correspondiente pago, entonces si miramos bien se trata de 15 o 20 días hábiles que la jurisprudencia ha determinado como un tiempo suficiente y pertinente para adelantar estos trámites, que no por esta demora quiere decir que existe una mala fe del empleador para no realizar el pago, reitero, es un término que la misma jurisprudencia ha establecido, en ese sentido considero que mi representada ha actuado adecuadamente, ajustada a los lineamientos jurisprudenciales y solicitó sea absuelta del pago de la indemnización moratoria por considerar que no procede el mismo, y asimismo solicitó pues que se mantenga incólume el resto de la decisión, muchas gracias.*

primera instancia y se conceda la totalidad de las pretensiones de la demanda, al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandada solicita que se revoque la decisión de primera instancia únicamente en cuanto condenó al pago de la indemnización moratoria, para el efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación interpuestos.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si el demandante acreditó la existencia del derecho al pago de un salario superior al devengado, si es procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa y si procedía la condena al pago de la sanción moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** entre el demandante y la sociedad demandada existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 5 de julio de 1994 y el 27 de septiembre de 2016 (hecho aceptado por la demandada desde la contestación a la demanda, fls. 143 a 146); ***ii)*** que el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de líder procesamiento de plataforma y el último salario devengado corresponde a la suma de $3.569.530 (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda, fls. 59 y 143 a 146); ***iii)*** que el contrato finalizó por renuncia motivada presentada por el trabajador a partir del 27 de

septiembre de 2016 (hecho aceptado por la demandada desde la contestación de la demanda, fls. 55 a 59 y 143 a 146).

- **Sobre el Reajuste Salarial Solicitado**

Reclama el demandante en este proceso, la diferencia salarial a la que aduce tener derecho, por haber sido designado en encargo como director de control operativo, pues antes de ello su salario correspondía a la suma de $3.155.000 y el director operativo devengaba $5.517.460. Dice que tal diferencia salarial se causa en cuanto asumió otras funciones con mayor grado de responsabilidad.

Así las cosas, la controversia que plantea el caso bajo estudio se define revisando si el material probatorio aportado al expediente, acredita los supuestos de hecho que se aducen en la demanda como constitutivos del incremento salarial que se reclama, pues en los términos que regula el artículo 167 del CGP aplicable al procedimiento laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, es el demandante quien tiene dicha carga.

Una vez revisadas las pruebas que obran dentro del proceso, no encuentra la Sala probado que ALVARO PARDO VARGAS hubiere sido promovido al cargo de Director de Control Operativo, y menos aún, que hubiere pactado con su empleador el pago de una remuneración superior por el desempeño de ese cargo o por la asignación de funciones propias de ese puesto de trabajo.

Para llegar a la anterior conclusión se advierte, de algunos mensajes de correo electrónico allegados al proceso, que si bien ALVARO PARDO VARGAS, es mencionado como Director de Control Operativo en encargo o como la persona que desarrolla algunas de las funciones que corresponden a este puesto de trabajo (fls. 31, 37, 65, 103), ello no acredita que en efecto se le hubiere realizado tal designación o promoción, ni que hubiere acordado con su empleador un incremento salarial, pues también se adjuntaron

documentos que reconocían al actor como líder de procesos (cargo para el que fue contratado) en enero y noviembre de 2015, fechas en que según el actor, ya ocupaba el cargo de director de control operativo.

Aunado a lo anterior, del testimonio de CAMILO ANTONIO SILVA CASTRO (CD. 2 min. 39:17), quien se desempeñaba como gerente de operaciones de la demandada Brinks de Colombia y quien además fungía como jefe directo del demandante durante la época de los hechos, se deduce, de acuerdo a sus afirmaciones, que el cargo de director de control operativo lo desempeñaba el señor Leonardo Bustamante, que una vez esta persona renunció, dicho cargo especifico desapareció de la planta de personal de la sociedad demandada y las funciones que cumplía esta persona fueron reasignadas a otros trabajadores, dentro de ellos, Juan Ferreira quien fungía como director de ATM, a él y el demandante. Precisó sobre este particular que él como gerente de operaciones había asumido la responsabilidad de las gestiones operativas que realizaba el director y que al demandante por ser una de las personas que formaba parte de su equipo de trabajo le habían delegado la función de ayudar en la delegatura ante el Banco de la República como suplente, colaborar en otros procesos operativos y en el procesamiento de valores a través de un equipo de tres personas que tenía a su cargo. Agregó que, de todas formas antes de que renunciara el director operativo el demandante ya colaboraba con algunas de esas funciones y que el actor en alguna oportunidad le mencionó que quería ascender dentro de la empresa y para ello, le dijo que presentara una propuesta de reforma a la estructura del área con el fin de que fuera aprobada por las directivas, pero que dicha propuesta no había sido acogida.

En sentido similar se manifestó LUIS ALBERTO ROA ROMERO (CD. 2 hora 01:11:28), quien fungía como jefe de nómina de la demandada, pues indicó que con la salida de Leonardo

Bustamante de la empresa se había suprimido de la nómina el cargo de director operativo, y que al momento del retiro del actor, éste ocupaba el de líder de procesamiento.

Por su parte, DANILO ACERO BOHORQUEZ (CD. 2 min. 28:07) manifestó haber sido compañero del actor en la sociedad demandada. Sobre el particular manifestó que no sabe si para la fecha del retiro del demandante, éste tenía el cargo de director operativo, pero dijo saber que el actor cumplía algunas funciones de este cargo como por ejemplo las relacionadas con movimientos ante el Banco de la República y que tenía a cargo 3 personas en su equipo de trabajo. Agregó que como era dirigente sindical, en alguna oportunidad el demandante le había preguntado que hacer porque no le estaban pagando el salario por el encargo, y él le respondió que lo mejor era realizar una reclamación formal en la empresa.

Para la Sala los testigos referidos con anterioridad gozan de plena credibilidad y aun cuando se identificaron como empleados de la sociedad demandada, ello no resulta suficiente para descartar su dicho o restarles credibilidad, como lo manifestó en la tacha presentada el apoderado de la parte demandante, en cuanto su conocimiento deviene directamente de los hechos narrados, por el cargo que ocupaban y por manejar de manera directa la situación que plantea el caso bajo estudio.

Además de lo anterior, también encuentra la Sala dentro de las pruebas documentales aportadas, algunos correos electrónicos en los que consta que el actor solicitó en unas ocasiones el pago del encargo (fls. 40 a 42 y 84), no obstante, no se observa documental alguna donde se reconozca de manera expresa que la empresa tenía algún tipo de acuerdo o promesa con el actor en este sentido.

De las pruebas referidas en precedencia, lo único que puede concluir la Sala es que en BRINKS DE COLOMBIA existió el cargo

de director operativo, y que en efecto, algunas de las funciones que desempeñaba la persona que ocupó este puesto, fueron reasignadas al actor, no obstante, el material probatoria aportado y referido, no permite concluir, ni que el demandante hubiera sido promovido o encargado de este puesto, ni tampoco que hubiera celebrado algún acuerdo salarial o pacto relacionado con un incremento de salario por la asignación de otras funciones.

Hace notar la Sala al respecto, que independientemente de las aspiraciones laborales o salariales que tenía el actor dentro de la sociedad demandada, y la asignación de algunas funciones relacionadas con un cargo superior específico, no generó ningún derecho cierto a favor de ALVARO PARDO VARGAS, ni configuraba obligación alguna para la demandada de realizar efectivamente el aumento salarial o reconocimiento del salario que tenía designado el cargo de director operativo, no puede el Tribunal, como lo pretende el apoderado del demandante, configurar o crear una obligación inexistente a cargo de BRINKS DE COLOMBIA, pues como se dijo, ninguna prueba acredita que se hubiere celebrado acuerdo alguno entre las partes para reconocer al trabajador el salario pretendido, o derivar del cambio o asignación de otras funciones el derecho a percibirlo, pues a juicio de la Sala, la asignación o cambio de funciones por parte del empleador, forma parte del poder subordinante que enmarca las relaciones laborales.

- **Del Despido Indirecto**

Resuelve la Sala sobre la indemnización que reclama el demandante por un despido indirecto. Para este efecto, los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia y resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida. Cuando es el trabajador el

que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que opera la indemnización por despido indirecto, cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que dan lugar a la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente la ocurrencia de las justas causas aducidas. (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL 1082-2020).

En este orden de ideas, lo primero que debe verificar la Sala es si ALVARO PARDO VARGAS presentó renuncia a su empleador con la exposición de los hechos o razones que darían lugar a una justa causa, y en dado caso establecer si tales justas causas se configuran o no.

Una vez revisado el expediente, se encuentra a folio 55 una comunicación remitida por el actor a la demandada el 27 de septiembre de 2016 en los siguientes términos:

"Por medio de la presente me permito comunicarle que he decidido dar por terminado, a partir de la fecha, el contrato de trabajo suscrito con Brinks de Colombia, por justa causa imputable a la empresa. Mi decisión se fundamenta en los siguientes hechos:

El pasado 3 de febrero de 2014 por solicitud de mi jefe inmediato, bajo el supuesto de promoción y mejora salarial, recibo mediante acta de entrega, el cargo de Director de Control de Operaciones quien para dicha fecha renuncia. Siendo yo Líder de Procesamiento, asumo sus responsabilidades, funciones y personal a cargo hasta la fecha de hoy, sin que se me haya pagado el salario que corresponde por haber modificado sustancialmente mis actividades y funciones, y por ende la

esencia de mis condiciones de trabajo. Tipificándose como un despido indirecto, al habérseme entregado un cargo de mayor jerarquía dentro de la empresa, y por ende mayores responsabilidades, sin la consecuente retribución económica por dicho encargo.

Teniendo en cuenta la evidente falta de gestión y de respuesta a mis reclamaciones formales que he elevado al interior de la compañía, para que se efectúe el reconocimiento y por tanto el pago del diferencial del salario por el encargo que he venido desempeñando hasta el momento, considero que se han vulnerado mis derechos y que se ha actuado de mala fe al no atender de manera resolutoria mis solicitudes, queda debidamente motivada y justificada mi decisión de dar por terminado el contrato de trabajo por hechos imputables a Brinks de Colombia (...)"

De dicho documento, advierte el Tribunal que el demandante fundamentó su decisión de dar por terminada la relación laboral con la demandada, en la falta de pago de la diferencia salarial generada por asumir las responsabilidades, funciones y personal a cargo del director de control de operaciones.

Al efecto, basta precisar, como se estudió en precedencia, que dentro del proceso no se acreditó que el actor hubiere sido promovido al cargo de director de control de operaciones, ni que tuviera algún acuerdo con su empleador, relacionado con un incremento salarial por asumir algunas de las funciones que correspondían a este último cargo. No puede la Sala entender como una justa causa comprobada este hecho, en la medida en que ni siquiera se probó la existencia de esta obligación a cargo del empleador, luego de ella no podría derivarse algún incumplimiento. Es pertinente agregar, que si bien se demostró que el demandante asumió algunas funciones del cargo referido, no se probó como se aducía en la demanda, que el demandante hubiera tenido que asumir la totalidad de funciones y responsabilidades asociadas con ese cargo, ni que la sociedad

demandada se hubiera comprometido a mejorar sus condiciones salariales.

De lo anterior, deduce la Sala, que al no encontrarse acreditadas las razones aducidas en la carta de terminación del contrato, no procede el pago de la indemnización que se reclama.

- **Sobre la Indemnización Moratoria**

Para resolver este aspecto de la controversia que plantea el caso bajo estudio, el artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la condena impuesta en primera instancia por este concepto, pues BRINKS DE COLOMBIA no adujo dentro la contestación de la demanda, ni a lo largo del proceso, razón alguna que justifique la mora en el pago de la liquidación al actor. Si bien la sociedad demandada aduce en el recurso, que dicho pago se efectuó dentro un plazo razonable, lo cierto es que no se adujo ninguna razón adicional que justificara o explicara porque constituía un plazo razonable que el actor hubiere renunciado el 27 de septiembre de 2016 y solo hasta el 4 de

noviembre de esa anualidad hubiere recibido el pago correspondiente.

Así las cosas, la sala confirmará la decisión de primera instancia que condenó al pago de la indemnización moratoria y negó las restantes pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada

HERNAN MAURICIO OLIVERSO MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0010-2021
Radicado N° 05-2017-00708-02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **SORAYA BOLÍVAR ARDILA** contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió de todas las pretensiones a las demandadas y se abstuvo de condenar en costas (fl. 421 a 422, 21:42 cd fl. 417).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 76 a 80).**

SORAYA BOLÍVAR ARDILA, actuando en causa propia, solicitó condenar a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver $12.601.325 al 15 de agosto de 1995, los cuales administró como saldos de vejez a favor de la demandante, indexación de dicha cifra, intereses moratorios y costas.

Como fundamento fáctico indicó que el 25 de agosto de 2016, inició el trámite de devolución de saldos de vejez, presentando toda la documentación solicitada el 25 de septiembre de 2016, trascurriendo más de un año sin que la AFP realizará la devolución; que el 28 de

enero de 2017, recibió un extracto de los saldos que aún administra, por lo cual el 22 de julio de 2017, presentó derecho de petición solicitando el pago del capital e intereses de mora, el cual fue contestado por la AFP indicando inconsistencias en la cuenta, lo cual no tiene soporte porque siempre verificó su historia laboral y estuvo de acuerdo con la misma y por eso solicitó la entrega del saldo y expedición del bono pensional, presentando derecho de petición ante la Superintendencia Financiera, el cual contestó el 30 de junio de 2017. Afirmó que la demandada actúa de mala fe, ha vulnerado sus derechos fundamentales y no ha devuelto los saldos.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la radicación de derechos de petición ante la AFP y la Superintendencia Financiera de Colombia. Indicó que el 20 de septiembre de 2016, la accionante radicó documentación, pese lo cual no ha sido posible la devolución de saldos porque los emisores del bono pensional, a saber, Superintendencia Nacional de Salud y Contraloría de Bogotá no han emitido ni pagado el mismo, por lo cual la AFP está imposibilitada, fáctica y jurídicamente, para determinar si le asiste derecho a la demandante a la pensión de vejez o en su defecto a la devolución de saldos, por cuanto requiere que los emisores corrijan la información laboral válida para bono pensional, lo cual no han hecho a pesar de las gestiones de la AFP, las cuales expuso a la Superintendencia Financiera de Colombia en el requerimiento 2017077247-001-000 donde informó que no han sido reportados correctamente los tiempos laborados por la demandante por los empleadores ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin que la AFP pueda modificar dicho historial. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica de realizar la devolución de saldo de los bonos pensionales a cargo de los emisores, responsabilidad de los emisores de los bonos pensionales de su pago a la AFP para la devolución de saldos, inexistencia de intereses

moratorios o indexación, cumplimiento de la AFP de sus obligaciones con la afiliada consumidora financiera y la genérica (fl. 157 a 167).

Mediante auto del 25 de abril de 2018, se vinculó a la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (fl. 197 a 198), quien se opuso a las pretensiones, indicó no constarle ningún hecho y señaló que no le asiste ninguna responsabilidad ya que el bono principal a cargo de la Nación y cuota parte de COLPENSIONES ya fueron emitidos y redimidos anticipadamente por devolución de saldos con la Resolución 18049 del 24 de mayo de 2018 en respuesta a la solicitud de la AFP del 27 de marzo de 2018 y como la demandante se afilió al RAIS el 20 de septiembre de 1999 tenía derecho a un bono pensional tipo A modalidad 2 por traslado al RAIS luego de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y haber cotizado al ISS o Cajas Públicas más de 150 semanas, siendo emitido y pagado el bono por devolución de saldos con acto administrativo y fecha de redención del 1° de enero de 2001 por ser la última fecha de aporte, conforme el inciso 2 del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003 compilado en el Decreto 1833 de 2016, siendo el valor de la redención de $69.606.000, cifra que supone aceptó la demandante conforme el artículo 7 del Decreto 3798 de 2003, por tanto, no hay ningún trámite pendiente a su cargo. Interpuso la excepción de inexistencia de la obligación (fl. 201 a 203).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 421 a 422, 21:42 cd fl. 417).

El 21 de febrero de 2020, el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de inexistencia de la obligación.* ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a PROTECCIÓN S.A. y a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la señora SORAYA BOLÍVAR ARDILA.* ***TERCERO: SIN COSTAS*** *en este proceso.* ***CUARTO:*** *De este fallo no ser apelado consúltese en su totalidad con el superior. (...)"*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si la devolución de saldos de la demandante fue ajustada a derecho, si la redención anticipada del bono pensional es a los 57 o 60 años y si procede la indexación e intereses moratorios.

Para resolver indicó que no hubo discusión de que la demandante es afiliada de la AFP demandada y que le solicitó el 26 de agosto de 2016 la devolución de saldos. Señaló que la actora aportó una liquidación del bono por $120.000.000, la cual corrigió con una liquidación que capitalizó el aporte hasta enero de 2001 y fijó un saldo pendiente de pago de $7.000.000, sin embargo, el Despacho realizó la liquidación a la fecha de expedición del acto administrativo de emisión y redención del bono, con un resultado ligeramente inferior a la hecha por el Ministerio demandado, por tanto, confirmó esa liquidación al ser más favorable y estar acorde al artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, en cuanto la edad de redención del bono, indicó que es a los 60 años para las mujeres según el Decreto 1748 de 1995 y declaró que no hubo intereses porque el término para emitir y redimir el bono inicia cuando la historia laboral es confirmada y no objetada y así se hizo, del mismo modo, negó la indexación porque el bono se consignó al mes siguiente de la resolución que lo emitió, por tanto no hubo solución de continuidad que conlleve a la indexación.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, ninguna de las partes presentó alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia no fue objeto de apelación y totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante **SORAYA BOLÍVAR ARDILA**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si existe diferencia alguna por concepto de devolución de saldos por redención anticipada de su bono pensional y si proceden las demás pretensiones elevadas en la demanda, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existe controversia de que: ***i)*** la demandante **SORAYA BOLÍVAR ARDILA** es afiliada de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** (fl. 168 a 173).

- **Sobre la Emisión y Redención Anticipada de los Bonos Pensionales Tipo A Modalidad 2.**

El artículo 115 de la Ley 100 de 1993, consagró los 4 eventos en los que los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS tiene derecho al bono pensional, los cuales constituyen aportes destinados a contribuir con la conformación del capital necesario para financiar la pensión, siendo dichos eventos los siguientes: ***i)*** cuando realizaron cotizaciones al extinto ISS o a las cajas o fondos de previsión del sector público, siempre y cuando al momento del traslado hubiesen cotizado al menos 150 semanas; ***ii)*** cuando estuvieron vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos; ***iii)*** que hayan sido vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; ***iv)*** que hayan sido afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

El Decreto 1748 de 1995, reglamentó la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales, norma que designó bono TIPO A, los regulados por el Decreto Ley 1299 de 1994 expedidos a favor de aquellas personas que se trasladan al RAIS y a su vez clasificó dichos bonos en MODALIDAD 1 cuando se expiden a favor de trabajadores cuya primera vinculación laboral válida inició después del 30 de junio de 1992 y MODALIDAD 2 cuando se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral valida se inició antes del 1° de julio de 1992.

En cuanto la fecha ordinaria de redención de los bonos TIPO A, el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, consagra que se calcula con el salario que el afiliado tendría a los 60 años si es mujer o 62 años si es hombre, multiplicando la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992 o el último salario devengado antes de dicha fecha si esta cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al sistema según la variación porcentual del IPC por la relación entre el salario medio nacional a dicha edad y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha.

Es así como el Decreto 1748 de 1995 define la fecha de corte del bono TIPO A como la fecha de traslado al RAIS y en cuanto la actualización y capitalización de dicho bono en los eventos de redención anticipada, el Parágrafo 2° del artículo 2.2.16.1.24 del precitado Decreto indica que el bono se paga actualizado y capitalizado hasta la fecha de la redención anticipada, sin embargo, si se trata de una redención anticipada por devolución de saldos se aplica el artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, compilado en el artículo 2.2.16.1.24 del Decreto 1833 de 2016, el cual ordena actualizar y capitalizar desde la fecha de corte y hasta la fecha de la última cotización y a partir de esa fecha y hasta la expedición de la Resolución que ordena el pago solo se causa la actualización.

Por su parte, el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997, establece el trámite y plazos para la liquidación provisional y emisión de bonos, siendo relevante considerar que en la liquidación y emisión del bono solo se considerará la información laboral confirmada directamente por el empleador o contribuyente o aquella que no haya sido negada por ninguno de los dos, tras lo cual el emisor produce una liquidación provisional que será dada a conocer a la administradora de pensiones dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la primera solicitud donde fue confirmada o no objetada la historia laboral, información que será dada a conocer al beneficiario a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la entrega de la liquidación provisional y una vez dicha información sea confirmada o certificada y no objetada, expedirá el bono en el mes siguiente a cuando el beneficiario manifieste por escrito a la administradora la aceptación del valor de la liquidación.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió de todas las pretensiones a las demandadas y se abstuvo de condenar en costas.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **SORAYA BOLÍVAR ARDILA**, siendo relevante considerar que en el presente asunto no hay discusión de que la demandante es afiliada a **PROTECCIÓN S.A.** (fl. 168 a 173).

Se encuentra demostrado que el 20 de septiembre de 2016, la demandante firmó declaración juramentada para la devolución de saldos – vejez (fl. 174 a 175), de otra parte, se allegó copia de la respuesta dada por la demandada **PROTECCIÓN S.A.** a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA y con copia dirigida a la demandante, por la cual le informó que el ISS, las entidades que asumían y pagaban sus propias pensiones o cotizaban a una caja o fondo del sector público eran las responsables de certificar directamente ante la Oficina de Bonos Pensionales la información relacionada con los aportes efectuados a pensión obligatoria y

relacionó las gestiones realizadas en el periodo septiembre de 2016 a julio de 2017 ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y la CONTRALORÍA DE SANTA FE DE BOGOTÁ D.C. corregir las falencias de la historia laboral de la accionante (fl. 6 a 9).

Lo anterior concuerda con la información dada por la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, quien indicó que solo hasta el 27 de marzo de 2018, la AFP demandada presentó solicitud de emisión y redención anticipada de bono pensional (fl. 202), de lo cual se infiere que solo hasta dicha fecha solucionó las inconsistencias en la historia laboral de la demandante a fin de continuar con el trámite de redención anticipada del bono pensional.

Así las cosas, conforme el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997, el trámite de emisión del bono pensional requiere que la información laboral sea confirmada o que no sea negada u objetada por el empleador o contribuyente, tras lo cual se profiere una liquidación provisional por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio demandado, la cual es dada a conocer a la Administradora de Pensiones en los 30 días siguientes a la solicitud, para que a través de dicha entidad sea dada a conocer al beneficiario en los cuatro (4) meses siguientes a fin de que la información sea confirmada o no objetada, tras lo cual se expide el bono en el mes siguiente a la aceptación del beneficiario.

En el presente asunto la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** señaló que **PROTECCIÓN S.A.** solicitó la liquidación del bono pensional el 27 de marzo de 2018, conforme el procedimiento legal aplicable, por lo cual consideró que la afiliación de la demandante al RAIS fue el 20 de septiembre de 1999, lo cual concuerda con su formulario de afiliación e información del SIAFP (fl. 168, 173), tomando como fecha de corte el 15 de agosto de 1995 al ser la fecha del primer traslado de régimen efectuado luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual también

concuerda con la información de la historia laboral válida para bono que registra para ese día la afiliación de la demandante por intermedio de su empleador de ese entonces CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. (fl. 207), razón por la que la tasa real de rendimiento era del 3% conforme el artículo 10 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 6° del Decreto 4937 de 2009 y compilada en el artículo 2.2.16.1.10 del Decreto 1833 de 2016, a la vez que aplicando el artículo 2.2.16.1.24 del precitado Decreto el bono poensional, al ser una redención anticipada por devolución de saldos, se actualizó y capitalizó desde la fecha de corte y hasta la fecha de la última cotización, la cual fue enero de 2001 conforme la historia laboral de la demandante (fl. 172) y luego solo se actualizó desde ese mes y hasta la fecha de expedición de la Resolución que redimió el bono, que no es otra que la Resolución 18049 del 24 de mayo de 2018 (fl. 208 a 211).

Considerando los parámetros de la operación de emisión y redención anticipada del bono pensional de la demandante por devolución de saldos, la Sala verificó que los mismos fueron aplicados por la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÙBLICO**, quien allegó impresión de la operación de capitalización y actualización del bono entre el 15 de agosto de 1995 (fecha de afiliación inicial al RPM) y el 1° de enero de 2001 (último periodo cotizado) aplicado una tasa de interés del 3%, aplicando dichas operaciones sobre un valor de bono a la fecha de corte de 1995 de $12.601.325 (fl. 215), a su vez, el Ministerio también aporto impresión de la operación de actualización realizada a partir del 1° de enero de 2001 y hasta el 24 de mayo de 2018 (fecha de expedición del acto administrativo (fl. 216), obteniendo un resultado total de valor de bono de $69.605.000, mismo que fue indicado en el acto administrativo por el cual se emitió y redimió el mismo (fl. 208 a 211).

Así las cosas, no aprecia la Sala que exista falencia o yerro alguno en las operaciones realizadas por la Oficina de Bonos Pensionales para redimir el bono al 24 de mayo de 2018 y la operación realizada por el Juzgado de primera instancia arrojó un valor inferior (fl. 418 a 419),

motivo por el cual se comparte la decisión del *a quo* de acoger la liquidación que resulta más favorable a la demandante y que no es otra que la efectuada por el Ministerio.

Así las cosas, no existe mérito para modificar la liquidación anticipada (redención) del bono pensional emitido a favor de la demandante, por lo cual procede la Sala a analizar la viabilidad de acceder a las pretensiones subsidiarias de condena a intereses moratorios e indexación.

En cuanto los intereses moratorios, observa la Sala que el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997, establece un término de cinco (5) meses para la emisión y redención del bono desde la presentación de la información laboral confirmada o no negada, por cuanto establece treinta (30) días para proferir liquidación provisional y cuatro (4) meses para que la AFP comunique la misma al beneficiario, siendo que en el caso bajo estudio la solicitud de redención de bono fue presentada por la AFP el 21 de marzo de 2018 y el acto administrativo que emitió y redimió anticipadamente el mismo por devolución de saldos fue proferido el 24 de mayo de 2018, de lo cual se concluye que en efecto no se superó el término fijado para la realización de dicho trámite y, en consecuencia, las demandadas no incurrieron en mora y por tanto no procede la imposición de intereses moratorios.

En cuanto la pretensión de indexación, la Sala se abstendrá de acceder a la misma considerando que el fin de dicha figura es corregir las pérdidas adquisitivas de la moneda, teniendo en cuenta que entre la solicitud de redención anticipada del bono presentada por la AFP (21 de marzo de 2018) y la emisión y redención del mismo por acto administrativo (24 de mayo de 2018) trascurrieron menos de 2 meses, de lo cual se infiere razonablemente la inexistencia de una solución de continuidad notoria que amerite proceder a indexar las sumas, máxime cuando en las operaciones realizadas por el ministerio se consideró el IPC generado hasta abril de 2018 (fl. 215 a 216).

En cuanto las liquidaciones allegadas por la parte demandante al expediente (fl. 14 a 44, 83 a 110, 257 a 336 y 345 a 415), observa la Sala que estas incluyeron rendimientos sobre el bono pensional a partir del 1° de junio de 2018, desconociendo que el artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, compilado en el artículo 2.2.16.1.24 del Decreto 1833 de 2016, indica con claridad que si el bono se redime anticipadamente para devolución de saldos se actualiza solo hasta la fecha en que se expide la Resolución que ordena su pago, sin que dicha norma consagre que sobre el mismo la AFP deba generar rendimiento, por ende, las controversias relativas a si el valor de los aportes consignados a la Cuenta de Ahorro Individual Pensional – CAIP- de la accionante por redención anticipada de bono generan rendimiento escapa al objeto del litigio fijado por el *a quo*, quien lo delimitó a determinar si la devolución de saldos de la demandante fue ajustada a derecho, esto es, si el valor liquidado por bono fue correcto, sin que hechos posteriores como los eventuales rendimiento sobre el saldo de la CAIP hagan parte del objeto de litigio.

Conforme las anteriores consideraciones, no existe mérito para modificar o revocar la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta, por lo cual se confirmará la misma.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0206-2021

Radicado N° 11 2019 00117 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR, OLD MUTUAL y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 16 de octubre de 2020, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP OLD MUTUAL S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JEANNETTE PATRICIA VANEGAS ROBAYO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 2 de abril de 1965, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 11 de noviembre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994, que el 1° de septiembre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR); que para la época del traslado inició un vínculo laboral con la empresa Ocupar temporales S.A., la cual le hizo entrega de un formulario de afiliación para la AFP HORIZONTE sin recibir información pertinente, veraz y oportuna sobre el traslado de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, dijo que con posterioridad realizó diversos traslados entre AFP; que en agosto de 1999, se trasladó a PORVENIR, en noviembre de 2006, se trasladó nuevamente HORIZONTE; en junio de 2010 se trasladó a OLD MUTUAL y en junio de 2012 se trasladó a PROTECCIÓN. Agregó que tampoco recibió asesoría alguna por parte de las demás demandadas ni le dieron a conocer las consecuencias, ventajas o desventajas de permanecer en el RAIS. Dice que el 13 de marzo del 2018 solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su afiliación en el RAIS, pero que la entidad no dio contestación alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA - OLD MUTUAL S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y su

afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls. 67 a 71).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación de la actora a la entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro pensional cuando declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción (fls. 89 a 95).

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 112 a 130).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a la

prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 152 a 181).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia celebrada por parte de la ciudadana JANNETTE PATRICIA VANEGAS ROBAYO ante la AFP HORIZONTE suscrita en el año 1998, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO: DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el aquí demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con presentación definida, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia. **TERCERO: CONDENAR** a la AFP OLD MUTUAL, sociedad con la cual la promotora de la acción mantiene vigente su afiliación, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante VANEGAS ROBAYO tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos que hubiera causado en los términos del articulo 1746 del Código Civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a admitir el traslado de la demandante VANEGAS ROBAYO con sus respectivos aportes al RPMPD de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. **QUINTO: DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente*

proveído. ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas a las demandadas AFP OLD MUTUAL, PORVENIR Y PROTECCIÓN. Liquídense por secretaría incluyendo en ellas la suma de $1.500.000,00 a rata de partes iguales, es decir $500.000 por cada una de estas entidades, valor en que se estiman las agencias en derecho.* ***SÉPTIMO: CONSULTAR*** *esta providencia a favor de la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES ante la sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en caso de no ser apelada oportunamente por esta entidad y de conformidad con la parte motiva de esta providencia."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación. Para sustentarlo aduce que no fue posible evidenciar dentro del proceso los elementos que permitan concluir que el acto del traslado es nulo. Refiere que la movilidad entre fondos por parte de la actora demuestra su intención de continuar en el RAIS y convalida su traslado y afiliación a dicho régimen.

Por su parte, OLD MUTUAL fundamentó su recurso en que no es procedente la devolución de los gastos de administración, enfatizó en la existencia de un pleno conocimiento por parte de la actora al realizar el traslado y posteriores afiliaciones a las diversas AFP y que

no es procedente la condena a la devolución de los gastos de administración, pues éstos son una contraprestación del servicio que presta el fondo pensional y dichos descuentos están debidamente autorizados por la ley. Considera que esta condena genera un detrimento en su patrimonio para enriquecer de manera injustificada el de la actora.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la actora al realizar varios traslados de manera horizontal dentro del RAIS, ratificó su intención de pertenecer a este régimen, que las pruebas obrantes en el expediente no demuestran la existencia de vicio alguno en el consentimiento que prestó la actora al momento de suscribir el traslado de régimen. Agregó, que para el momento del traslado, las AFP no tenían la carga de probar o acreditar el tipo de información que le brindaban a los afiliados y que en ese momento solo se exigía la suscripción del formulario. Dice además, que debe tenerse en cuenta que el traslado del RAIS al RPM ordenado en este proceso, generaría una descapitalización al fondo común de COLPENSIONES y atenta contra sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Del mismo modo, el apoderado de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la parte demandante por su parte, solicita que confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Los apoderados de PROTECCION S.A. y OLD MUTUAL S.A. no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 2 de abril de 1965 (fl. 8); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 11 de noviembre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994 (fls. 78 y 79); ***iii)*** que el 1° de septiembre de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE (hoy PORVENIR) con fecha de efectividad del 1 de noviembre de 1998 (fl. 182); ***iv)*** que el 22 de septiembre de 1999 se trasladó a la AFP

PORVENIR (fl. 185); ***v)*** que el 15 de diciembre de 2006 se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR, fl. 186); ***vii)*** que el 30 de julio de 2010 se trasladó a la AFP SKANDIA - OLD MUTUAL (fl. 10); ***viii)*** que el 21 de junio de 2012 se trasladó a la AFP PROTECCION (fl. 11); ***ix)*** que el 15 de mayo de 2017 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 13); ***x)*** que el 13 de marzo del 2018 solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su afiliación en el RAIS, pero que la entidad no dio contestación a dicha petición (fl. 44).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y

transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos

que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora JEANNETTE PATRICIA VANEGAS ROBAYO se trasladó a AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) el 1° de septiembre de 1998 (fl. 182), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD3. min. 17:00), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, la empresa con la que tenía un vínculo laboral les solicitó suscribir un formulario de vinculación a la AFP HORIZONTE S.A. pero no se les brindó asesoría alguna sobre el traslado de régimen y sus implicaciones.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones HORIZONTE

(hoy PORVENIR) en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP OLD MUTUAL, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP OLD MUTUAL a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima

media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso el Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR deben asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de estos Fondos, y en ese sentido se adicionará la sentencia apelada.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia 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 en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en

proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada salvamento de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JEANNETTE PATRICIA VANEGAS ROBAYO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00117 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0179-2021

Radicado N° 12 2018 00505 02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada POSITIVA S.A. en contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2020 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ADRIANA MARIA PEREZ MANRIQUE y **LAURA VALENTINA MORENO PEREZ** presentaron demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, con el fin de que se declare que tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente y padre, respectivamente. En

consecuencia piden que se condene a las demandadas a pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de octubre de 2004, junto con el retroactivo pensional causado a partir de esta fecha, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el causante LUIS ENRIQUE MORENO AVELLANEDA falleció el 14 de octubre de 2004, que para la fecha del fallecimiento se encontraba vinculado a la empresa FLOTA VALLE DE TENZA S.A. donde desempeñaba el cargo de conductor, que se encontraba afiliado a la AFP PROTECCIÓN y en riesgos laborales al ISS hoy POSITIVA. Aduce que convivía con el causante desde el año 1998 y que durante la unión procrearon dos hijos DANIEL ESTEBAN y LAURA VALENTINA MORENO PEREZ, quienes dependían económicamente del causante. Señaló que en dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 20 de abril de 2006, se definió que el origen del deceso de LUIS ENRIQUE era laboral, que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a PROTECCIÓN, quien negó el derecho aduciendo que el origen del fallecimiento era laboral y que al solicitar la prestación a POSITIVA, esta entidad también negó el reconocimiento bajo el argumento que el fallecimiento era de común.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la existencia del dictamen y la solicitud presentada por la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, prescripción y buena fe (fls. 70 a 81).

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la afiliación del causante, la fecha de fallecimiento, la existencia del dictamen y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe de la demandada y prescripción (fls. 95 a 98).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de julio de 2020, condenó a la demandada POSITIVA a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes reclamada. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: CONDENAR** a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del accidente de trabajo acaecido en cabeza del señor Luis Enrique Moreno Avellaneda, que en paz descanse, a partir del 13 de octubre del año 2004, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a favor de: a) en un 50% a favor de la demandante ADRIANA MARÍA PÉREZ MANRIQUE y b) en un 50% a favor de LAURA VALENTINA MORENO PÉREZ, compañera permanente supérstite e hija del causante, respectivamente. **SEGUNDO: CONDENAR** a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS a reconocer el 50% a favor de la señora ADRIANA MARÍA PÉREZ MANRIQUE con efectos fiscales a partir del 28 de marzo de 2014, en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente. **TERCERO: CONDENAR** a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS a reconocer el 50% de la pensión de sobrevivientes a favor de LAURA VALENTINA MORENO PEREZ, a partir del 13 de octubre del año 2004. **CUARTO: CONDENAR** a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS al pago de intereses moratorios sobre las sumas aquí adeudadas, con efectos a partir del 28 de septiembre del año 2017 y hasta que ocurra su respectivo pago, dándole aplicación a las normas del artículo 141 de la ley del 93 en*

armonía con las de la ley 1776 del año 2002. ***QUINTO:*** ***DECLARAR*** *la obligación de cumplimiento a cargo de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS y dándole aplicación al artículo 80 de la ley 1753 de 2015 y de los decretos 1437 2015 y 1833 del año 2016 para que su subrogación legal sea administrada por la UGPP y pagada por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, previo al traslado de la reserva actuarial correspondiente por parte de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS de acuerdo a los artículos 3 y 4 del decreto 1437 del año 2015.* ***SEXTO: ABSOLVER*** *a PROTECCIÓN de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas en su contra.* ***SEPTIMO: DECLARAR*** *probadas las excepciones formuladas por PROTECCIÓN, no probadas las formuladas por POSITIVA a excepción de la de prescripción respecto de las acreencias a favor de la señora ADRIANA MARÍA PÉREZ MANRIQUE, causadas con anterioridad al 28 de marzo del año 2014.* ***OCTAVO: CONDENAR*** *en costas a POSITIVA y a favor de la parte actora, señalándose como agencias en derecho la suma de 2 millones de pesos, sin condena en costas a favor ni en contra de PROTECCIÓN S.A.* ***NOVENO:*** *Por último, en caso de no ser apelado el presente fallo súrtase grado judicial de consulta para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, advirtiendo que son obligaciones en las que la nación es garante con base en lo señalado en lo pertinente al artículo 69 del código procesal del trabajo y de la Seguridad Social."*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama y cuál de las entidades demandadas tiene a cargo la prestación. Para resolver lo primero, indicó que en el proceso se encuentra acreditada la condición de beneficiarias de las demandantes en calidad de compañera permanente e hija. Sobre lo segundo, refirió que la muerte del causante fue calificada como de origen laboral por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y que independientemente de las razones que aduce POSITIVA para controvertir este hecho, lo cierto es que el causante falleció mientras ejecutaba las labores a favor de su empleador FLOTA VALLE DE TENZA, consideró que por esta razón, y al haber sido POSITIVA quien asumió el pasivo pensional y administración de datos de afiliación de las personas que se encontraban afiliadas en

riesgos laborales al extinto ISS, es ésta quien tiene a cargo el reconocimiento del derecho pensional que se reclama. Precisó, que en los términos que definen los decretos 1437 de 2015 y 1833 de 2016, en la actualidad el pago de la prestación está a cargo de la UGPP y el FOPEP y por ello POSITIVA deberá dar cumplimiento a dichas disposiciones en el sentido de trasladar el cálculo correspondiente para que estas entidades asuman la obligación legal de pago que se definió en dichos decretos.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por la demandada, consideró que dada la condición de menor de edad de LAURA VALENTINA MORENO PEREZ, no es posible declarar probado dicho medio exceptivo respecto de la proporción de la mesada pensional que a ésta corresponde, sobre la proporción de la pensión que corresponde a la compañera permanente declaró parcialmente probado este medio exceptivo, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de marzo de 2014.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada POSITIVA S.A. interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se le absuelva de las condenas impuestas. Para sustentar el recurso aduce que no resulta procedente definir en el caso bajo estudio que el fallecimiento del causante sea de origen laboral, pues las pruebas del expediente permiten establecer que si bien Luis Enrique Moreno Avellaneda falleció dentro de un bus, propiedad de la compañía para la cual trabajaba, de acuerdo con la documental aportada, no existió nexo de causalidad entre el fallecimiento y la labor que ejecutaba. Dice que está suficientemente probado que al causante se le produjo la muerte por un problema personal y que no fue por casusa u ocasión del trabajo, por lo que el hecho es de origen común y no laboral. Pide además que en caso de confirmarse la decisión que define como de

origen laboral el fallecimiento del causante, se tenga el contenido de la Ley 2008 de 2019 que define que las apropiaciones para el pago de estas prestaciones está a cargo de la Nación y no de la entidad que representa.[1]

---

[1] *"Muchas gracias señor juez, efectivamente sustentó recurso de apelación interpuesto en los siguientes términos, señor juez se encuentra aprobado el nexo causal del accidente y de los hechos, frente al trabajo con atención a las pruebas aportadas ante el despacho, en especial qué es los testimonios rendidos, sin embargo considero que el señor juez valoró inadecuadamente las pruebas aportadas, efectivamente dentro de las pruebas se aportó el total del expediente, que generó la sentencia penal en contra de José Francisco Gómez Hernández que efectivamente lo condenó a prisión de 25 años, con ocasión efectivamente del homicidio que se produjo sobre la persona del señor que Luis Enrique Moreno Avellaneda, desconoció que efectivamente allí dentro del proceso penal el demandante confesó, que efectivamente había cometido en el acto el homicidio y que efectivamente todo esto se dio además, porque el causante Luis Enrique Moreno Avellaneda, había llamado para efectivamente hacerle un chantaje a la señora esposa del señor José Francisco a la señora Yohana Cajicá, todo esto se dio dentro del proceso penal, lo que evidencia que todo esto fue con ocasión y por motivo, no solamente del romance que hubo entre el señor entre el causante y la señora el Cajicá, sino por la presunta extorsión que hubo allí, por parte del causante lo que generó toda esa situación de ira e intenso dolor, que llevaron a quien en su momento realizó el acto homicida a cometer ese infame acto e injustificable por supuesto, pero causa también sorpresa que el señor juez no valora la actitud de la parte demandante, dentro de ese expediente penal también está plenamente probado que la aquí demandante, la señora Adriana María Pérez Monsalve fue le fue concedido una indemnización por eso por esos hechos, es decir ella se hizo parte dentro del proceso penal que determinó y que ventiló todo este tema que efectivamente pone en relieve, que fue por un tema amoroso entre las partes y no por el trabajo no fue por ocasión más allá de que haya ocurrido en el lugar de trabajo, efectivamente el móvil no fue laboral no tuvo nada, rompe el nexo de causalidad con el trabajo, como quiera que fue un enredo de faldas y todo esto lo supo de primera mano la demandante Adriana María Pérez Monsalve y pese a eso guardo silencio total en la demanda y durante el proceso, entonces cómo es posible que sea es que se beneficie de una indemnización dentro del proceso penal en donde se ventiló los móviles definitivos del deceso de su señor esposo, Luis Enrique Moreno Avellaneda y sin embargo no los pone de presente en este proceso, evidentemente aquí hay una mala fe por parte de la demandante y que ha debido ser valorado, pues también por el señor juez sin embargo en la valoración probatoria no se hace ningún pronunciamiento sobre, las pruebas aportadas por positiva simplemente sobre las pruebas testimoniales que se practicaron dentro del proceso y sobre sobre los interrogatorios de parte rendidos, luego es evidente que aquí está plenamente probado que aquí lo que hubo fue un enredo de faldas que llevó a que alguien en una situación de intenso dolor acabara con la vida, del señor Luis Enrique y que si bien, esto ocurrió en su lugar de trabajo, no fue con causa o por ocasión rompió totalmente nexo de causalidad, de la favorabilidad del evento, razón por la cual es evidente que el evento es de origen común, porque cómo explicar que la justicia ordinaria tenga preso por 25 años al autor material de los hechos, porque fue un enredo de faldas, pero de todas formas decir que no que de todas formas fue con ocasión del trabajo, pues la verdad que entonces deberían darle libertad a quien fue el preso y por supuesto que la señora Adriana debería devolver esos dineros que recibió por indemnización, porque pues entonces todo ese proceso debería ser viciado porque no sería correspondiente con la realidad, sin embargo pues hay una persona privada de la libertad, que da testimonio de que, lo que pasó no tiene ninguna relación con el trabajo, que luego es evidente que la sentencia se tiene que revocar en su totalidad, aunado a lo anterior el señor juez considera la aplicación nuevamente al artículo 80 de la ley 1753 de 2015, sin tomar en consideración el hecho sobreviniente puesto conocimiento, en cuanto a la entrada en vigencia de la ley 2008 del 2019 que consagra que efectivamente los recursos para estos procesos y sentencias nuevas deben ser asumidos por el que con cargo al presupuesto general de la nación y sin embargo le impone esa carga positiva compañía de seguros cuando efectivamente la ley le pone esa carga es al Ministerio de Hacienda por con cargo al presupuesto general de la nación, por último en esos términos dejo ya asentada mí el recurso, razón por la cual pues se solicitó nuevamente sea revocada la sentencia muchas gracias"*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante pide que se confirme la decisión de primera instancia que definió como de origen laboral el fallecimiento del causante y ordenó el pago de la pensión a cargo de la ARL.

El apoderado de la AFP PROTECCION pide en sus alegaciones que se confirme la decisión que definió como de origen laboral el fallecimiento del causante, en cuanto está probado que éste se encontraba en horario laboral y en su lugar de trabajo cuando se produjo el fallecimiento.

Por su parte el apoderado de POSITIVA solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir, si el fallecimiento del causante es de origen laboral o común y en dado caso definir la procedencia del derecho a la pensión de sobrevivientes.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***t)*** que el causante, LUIS ENRIQUE

MORENO AVELLANEDA, falleció el día 13 de octubre de 2004 (fl. 6); ***ii)*** que DANIEL ESTEBAN MORENO PEREZ y LAURA VALENTINA MORENO PEREZ son hijos del causante (fls. 17 y 18); ***iii)*** que para el momento del fallecimiento el causante se encontraba afiliado a la AFP PROTECCIÓN y a la ARL del extinto ISS hoy POSITIVA (fls. 105 y Cd. 1, pdf. Fl. 2); ***iv)*** que mediante dictamen del 21 de febrero de 2006, la Junta Regional de Calificación de Invalidez definió como de origen laboral el fallecimiento del causante y mediante dictamen de fecha 9 de mayo de 2018, la ARL POSITIVA definió como de origen común el fallecimiento del causante (fls. 11 a 15 y Cd. 1 pdf. Fl. 18).

- **Sobre el Origen del Fallecimiento del Causante**

Sea lo primero indicar que tanto el proceso de calificación de origen como el de calificación integral de la pérdida de capacidad laboral son trámites regulados, por cuanto la legislación de la seguridad social estableció etapas, términos y personas facultadas para desarrollar los mismos.

Así las cosas, el dictamen de calificación de origen busca solucionar las controversias sobre la causa de un evento para determinar cuál subsistema de la seguridad social es responsable de las prestaciones. El artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994, señaló que toda patología, accidente o muerte no calificada como de origen laboral se considera común, correspondiendo dicha calificación en primera instancia a la IPS que atiende al afiliado, mientras que la ARL califica el origen en segunda instancia y, en caso de surgir discrepancias, las mismas serán resueltas por una junta integrada por la ARL y EPS y en caso de persistir la diferencia se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, aspecto que coincide con lo dispuesto en el artículo 7 del Derecho 1771 de 1994, el cual determinó que toda controversia sobre el origen del accidente, enfermedad o muerte de un afiliado

del Sistema de Riesgos Laborales debe someterse al procedimiento del artículo 12 del Decreto 1295 de 1994.

Ahora bien, sobre las controversias que se suscitan frente a los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que dichos documentos no constituyen prueba solemne, que son susceptibles de ser controvertidos y que el juez para su valoración no está sujeto a la tarifa legal de prueba, en cuanto puede fundamentar su decisión en aquel que le merezca mayor credibilidad al realizar una valoración conjunta de los elementos de prueba con los que cuenta. Al efecto en sentencia SL 640-2021 que reiteró lo definido en sentencia de radicado 35450 del 18 de septiembre de 2012, dicha Corporación dijo lo siguiente:

> *"Se ha de advertir en primer término, que la jurisprudencia de la Corte tiene establecido el criterio de que los dictámenes de las juntas regionales y nacional de calificación de invalidez, no son pruebas solemnes y por lo tanto, el juzgador respecto de ellos no está sometido a la tarifa legal de prueba. En consecuencia, como prueba pericial que es, queda sometida a la libre apreciación del juez".*

Teniendo en cuenta el anterior referente, precisa la Sala que en el caso bajo estudio se controvierte el origen laboral del fallecimiento del actor, que definió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, mediante dictamen del 20 de abril de 2006 (fls. 11 a 15), pues la ARL POSITIVA aduce que si bien el actor falleció dentro de uno de los buses, propiedad de la empresa FLOTA VALLE DE TENZA, para la cual trabajaba el causante, lo cierto es que no existe nexo de causalidad entre el fallecimiento y la labor que prestaba, en cuanto la muerte se produjo por problemas personales.

Dicho lo anterior, conviene precisar que según lo dispone el artículo 3° de la Ley 1562 de 2012 (norma que incluyó la definición de accidente de trabajo luego de que el artículo 9° del Decreto 1295

de 1994 fuera declarado inexequible por la sentencia C-858 de 2006), define este hecho como: "(...) *todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte* (...)".

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que la responsabilidad que asumen las administradoras de riesgos laborales por esos riesgos es de carácter objetivo y la causalidad existente entre el siniestro y la actividad laboral contratada puede ser directa o indirecta. Dice la Corte, que es directa cuando se ocasiona con causa en el trabajo, es decir, se deriva del desarrollo de las actividades para las cuales se contrató al trabajador o aquellas relacionadas con esta labor; y es indirecta cuando es con ocasión del trabajo, es decir, cuando se genera un vínculo de oportunidad o circunstancias entre el hecho y las funciones que desempeña el trabajador. Agregó sobre este particular dicha Corporación, que existen casos en que se dan circunstancias externas que rompen ese nexo de causalidad, pero ellas deben ser acreditadas dentro del proceso cuando la ARL pretende exonerarse de responsabilidad (sentencia SL 3891-2021, SL2582-2019 y SL417-2018).

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, y valorado en conjunto el material probatorio aportado al expediente, concluye la Sala que el fallecimiento de LUIS ENRIQUE MORENO AVELLANEDA fue de origen común, en cuanto no existe nexo de causalidad directo o indirecto entre el suceso y la prestación del servicio.

Para llegar a la anterior conclusión se advierte del Pdf. 12 que obra en el Cd. 1 del expediente, que LUIS ENRIQUE MORENO AVELLANEDA, falleció el día 13 de octubre de 2004. Sobre los hechos específicos relacionados con el fallecimiento del causante, en la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de

Gacheta Cundinamarca el día 6 de abril de 2005, consta que, aproximadamente a las 4:30 de la tarde, el causante se encontraba en el interior de una camioneta *aerovans* de placas SYM 330, propiedad de la empresa FLOTA VALLE DE TENZA, la cual se encontraba estacionada en la vía pública del municipio de Guasca, que allí LUIS ENRIQUE MORENO fue gravemente herido con arma de fuego y al descender del vehículo cayó sin vida en frente de la papelería central (Pdf. 12 fl. 487).

Dentro del proceso penal al que se dio inicio por el homicidio de LUIS ENRIQUE MORENO AVELLANEDA, se vinculó formalmente a JOSÉ FRANCISCO GÓMEZ HERNÁNDEZ, a quien le fueron imputados los delitos de homicidio en estado de ira e intenso dolor y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, que dentro del curso del proceso penal el procesado aceptó los cargos y se estableció que le causó la muerte a la víctima porque ésta se encontraba en el parque lavando el vehículo en el que trabajaba, mientras se burlaba de él, que ello le ocasionó rabia e ira al autor del hecho en cuanto el causante había sido amante de su esposa y al sentir mancillado su honor le disparo a LUIS ENRIQUE MORENO. Finalmente, dentro del proceso se dictó sentencia anticipada en la que se condenó a JOSE FRANCISCO GOMEZ a 30 meses de prisión por el homicidio simple cometido en estado de ira e intenso dolor en la persona de LUIS ENRIQUE MORENO AVELLANEDA (Pdf. 12 fls. 487 a 512) .

Ahora, no desconoce la Sala que según refirió HECTOR ORLANDO GARZON RODRIGUEZ en diligencia de testimonio (CD. 2 min. 30:48), el causante en el momento de los hechos estaba dentro de su horario de trabajo cubriendo una de las rutas que le correspondían, ni tampoco que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 20 de abril de 2006, definió como origen laboral el fallecimiento de LUIS ENRIQUE MORENO (fls. 11 a 15), y que éste no fue controvertido en su momento por la ARL

del extinto ISS, no obstante, tampoco puede omitirse la valoración de las restantes pruebas del expediente para otorgarle plena validez al dictamen emitido por la Junta, menos aun cuando dentro de dicho documento no existe siquiera indicio de que este ente hubiera tenido en cuenta las particularidades que rodearon el caso bajo estudio, ni que la ARL del extinto ISS hubiese participado del proceso de calificación o por lo menos que hubiera sido notificada o enterada de la decisión allí contenida.

Hecha la anterior precisión, a juicio de la Sala, de los documentos referidos precedentemente, no queda duda que el nexo de causalidad entre el suceso y la labor que desempeñaba el causante como conductor en la empresa FLOTA VALLE DE TENZA (fl. 16), se rompió en el caso bajo estudio, pues el hecho de la muerte del causante, no tuvo relación alguna, directa o indirecta, con el servicio que prestaba a dicha empresa. Por ello, no podía el juez de primera instancia concluir que el fallecimiento de LUIS ENRIQUE MORENO era de origen laboral, sin analizar previamente las circunstancias específicas que planteaba el caso bajo estudio y definir la controversia teniendo en cuenta que si bien el actor falleció en el vehículo que conducía al servicio de la Flota Valle de Tenza, existía una situación fáctica particular, probada dentro del expediente por la ARL llamada a juicio, que acreditaba la inexistencia del nexo causal.

Así las cosas, la Sala tendrá en cuenta para resolver el otro aspecto de la controversia que el origen del fallecimiento del causante fue común y con base en ello procederá a definir el derecho pensional a favor de las demandantes y a cargo de la AFP PROTECCION.

- **Sobre la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver este aspecto de la controversia, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que

aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Precisado lo anterior, la existencia del derecho reclamado en este proceso lo regula el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, cuyo numeral segundo dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado siempre y cuando éste hubiera cotizado al Sistema de pensiones cincuenta (50) semanas dentro de los tres últimos años anteriores a su fallecimiento.

Advierte la Sala que las pruebas aportadas al expediente acreditan que LUIS ENRIQUE MORENO AVELLANEDA dejó causada la pensión de sobrevivientes que se reclama en este proceso, pues acreditó haber cotizado 73.85 semanas dentro de los 3 años anteriores al deceso. En efecto, de la historia laboral aportada al proceso por PROTECCION se deducen cotizaciones correspondientes a 73.85 semanas (fl. 106), efectuadas entre el 13 de octubre de 2001 y el 13 de octubre de 2004.

Definida la causación del derecho pasa la Sala a establecer si ADRIANA MARIA PEREZ MANRIQUE y LAURA VALENTINA MORENO PEREZ acreditaron la condición de beneficiarias de la prestación que reclaman en este proceso, la primera en calidad de compañera permanente y la segunda en calidad de hija del causante.

Para este efecto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma vigente en la fecha del fallecimiento, establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso. Asimismo, el literal C de dicha norma establece que también tienen la condición de beneficiarios los hijos menores de 18 años y mayores de 18 años, hasta los 25 años, si se encuentran en incapacidad para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala revocará la decisión de primera instancia que condenó a la ARL POSITIVA al reconocimiento de la pensión y en su lugar se condenará a la AFP PROTECCIÓN a reconocer este derecho en proporción del 50% a

ADRIANA MARIA PEREZ MANRIQUE en su condición de compañera permanente y el 50% restante a favor de LAURA VALENTINA MORENO PEREZ en calidad de hija del causante.

Para llegar a la anterior conclusión, la Sala se remite al dicho de la testigo GLADYS MIREYA INTENCIPA PULIDO (CD. 2 min. 26:33), quien manifestó al efecto que conocía la pareja conformada por el causante y la demandante por haber sido vecinos y saber que tenían dos hijos y que para la fecha del fallecimiento del causante llevaban aproximadamente 6 años de convivencia. Estas manifestaciones resultan coincidentes con lo manifestado por EMIGDIO OBDULIO BOLIVAR LOPEZ (CD. 1 pdf 12, fl. 103) y JOSEFINA AVELLANEDA DIAZ (CD. 1 pdf 12, fl. 104), quienes en declaración juramentada rendida ante Notario, realizaron manifestaciones en el mismo sentido.

De lo anterior entiende la Sala que la demandante convivió con el causante hasta la fecha en que falleció y por lo menos desde el año 1998, es decir 6 años antes del fallecimiento, y un año antes de que naciera el primer hijo de la pareja (fl. 18), lo que le da derecho a recibir la prestación que reclama de manera vitalicia en proporción del 50%, pues aun cuando tenía menos de 30 años de edad (fl. 23) en la fecha que falleció su compañero, había procreado dos hijos con éste, a quienes les corresponde el 50% restante, estos son, LUIS ENRIQUE MORENO AVELLANEDA y LAURA VALENTINA MORENO PEREZ.

En efecto, también se acreditó dentro del expediente que DANIEL ESTEBAN MORENO PEREZ es hijo del causante y nació el 25 de mayo de 1999 (fl. 18), por lo que cumplió 18 años de edad el 25 de mayo de 2017. Sobre este punto es pertinente indicar que para la fecha en que se dio inicio a este proceso (23 de agosto de 2018, fl. 57), esta persona ya era mayor de edad y no fue vinculada a este trámite, por lo que la Sala dejará a salvo la proporción que a

él correspondía (25%), por lo menos hasta la fecha en que cumplió la mayoría de edad -25 de mayo de 2017- y de ahí en adelante hasta que cumpla 25 años de edad, siempre que acredite la condición de estudiante, todo ello, en aras de garantizar sus derechos.

Del mismo modo se encuentra acreditado que LAURA VALENTINA MORENO PEREZ es hija del causante y nació el 22 de febrero de 2003 (fl. 17), razón por la cual es pertinente reconocer a favor de ésta la pensión de sobrevivientes en proporción del 25% desde la fecha de fallecimiento del causante, esto es, 13 de octubre de 2004, hasta la fecha en que cumpla la mayoría de edad -22 de febrero de 2021-, con posterioridad a esta fecha deberá acreditar la condición de estudiante para que proceda el pago de la mesada hasta la fecha en que cumpla 25 años de edad. Precisa la Sala sobre este último aspecto, que a partir del momento en que se extinga el derecho de DANIEL ESTEBAN MORENO PEREZ, o en caso de que éste no se presente a reclamarlo, la AFP demandada deberá reconocer en proporción del 50% la mesada pensional a LAURA VALENTINA MORENO.

Agrega la Sala que concluyó la existencia del derecho a favor de los hijos del causante, en cuanto acreditaron esta calidad y con la prueba testimonial y declaraciones juramentadas ya referidas, se deduce que para el momento del fallecimiento dependían económicamente de su padre.

Así las cosas, para la Sala resulta claro el derecho a la pensión de sobrevivientes que aquí se reclama y por ello se condenará a la AFP PROTECCIÓN a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a los demandantes a razón de catorce mesadas anuales a partir del 13 de octubre de 2004, fecha en que falleció el causante, en proporción del 50% en favor de ADRIANA MARIA PEREZ MANRIQUE y 25% en favor de LAURA VALENTINA MORENO PEREZ hasta el 22 de febrero de 2021, fecha en que

cumplió la mayoría de edad o hasta que llegue a la edad de 25 años si acredita su condición de estudiante, precisando, como ya se dijo que a partir del momento en que se extinga el derecho de su hermano DANIEL ESTEBAN MORENO PEREZ o en caso de que éste no se presente a reclamarlo, deberá reconocerse una mesada en proporción del 50%.

Ahora bien, frente al descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, se autorizará a la AFP demandada para que realice el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado y de las mesadas subsiguientes.

- **Intereses Moratorios**

Sobre el particular, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del Sistema de pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, y tratándose de la primera de ellas la mora se entiende ocurrida cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho contados desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos meses, pues así lo dispone el artículo 1° de la Ley 717 de 2001.

En el caso bajo estudio considera la Sala que los intereses definidos en la norma no se causaron, en cuanto existía duda sobre la entidad que debía asumir el pago de la prestación, dada la controversia del origen del fallecimiento del causante. Como dicha discusión solo se zanjó en el presente proceso, la Sala no dictara condena al pago de intereses moratorios.

- **De la excepción de prescripción**

Al efecto, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS disponen que las acciones para reclamar derechos laborales prescriben en tres años. Es pertinente aclarar sobre este punto, que los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, disponen que el término de prescripción en los menores de edad se suspende hasta el momento en que arriben a la mayoría de edad, y de la misma forma lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL3891-2021, SL1365-2020 y SL5177-2018.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes, se declarará no probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas en favor de LAURA VALENTINA MORENO PEREZ, pues como se refirió, ésta cumplió la mayoría de edad el 22 de febrero de 2021. No obstante, respecto de ADRIANA MARIA PEREZ MANRIQUE, compañera permanente del causante, se declarará probada esta excepción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2015, tres años antes de la presentación de la demanda (fl. 57). Si bien, la demandante había presentado inicialmente la solicitud de reconocimiento de esta presentación ante la AFP demandada el 2 de septiembre de 2005 (fl. 7), lo cierto es que transcurrieron más de tres años entre ésta última fecha y aquella en que se presentó la demanda.

La Sala no estudiará la eventual prescripción de la acción para reclamar de DANIEL ESTEBAN MORENO PEREZ, pues como se dijo, éste no fue vinculado al proceso.

Finalmente, es pertinente precisar que aun cuando el juez de primera instancia declaró la existencia del derecho de las demandantes, algunos de los aspectos por él definidos difieren de lo hasta aquí concluido y por ello para mejor proveer la Sala revocará en su totalidad la sentencia de primera instancia y dictara las condenas como corresponde.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia. En su lugar CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes en favor de ADRIANA MARÍA PEREZ MANRIQUE en proporción del 50% y a LAURA VALENTINA MORENO PEREZ en proporción del 25%, a partir del 13 de octubre de 2004, teniendo en cuenta todos y cada uno de los lineamientos definidos en la parte motiva de esta providencia, valores que deberán ser indexados al momento de su pago.

SEGUNDO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a descontar del valor del retroactivo causado y de las mesadas subsiguientes el valor correspondiente a los aportes en salud.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, únicamente respecto de las mesadas causadas en favor de ADRIANA MARIA PEREZ MANRIQUE, con anterioridad al 23 de agosto de 2015, por las razones anteriormente expuestas.

CUARTO: ABSOLVER a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0196-2021
Radicado N° 13-2019-00019-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de noviembre de 2010 al 06 de octubre de 2014 y condenó al pago de aportes a pensión, prestaciones sociales legales, prima de navidad, prima de vacaciones, indemnización por no pago de intereses a las cesantías e indemnización moratoria, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 147 a 148, 01:09:37 cd fl. 146).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 6 a 47).**

ANA LORENZA ANDRADE ROMAÑA solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo, en consecuencia, condenar a la diferencia salarial respecto los trabajadores de planta, trabajo suplementario, recargos dominicales, cesantías, intereses a la cesantía, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de

navidad, prima legal de servicios, prima semestral, compensación en dinero de las vacaciones, reliquidación de aportes, devolución por aportes al ser el pago responsabilidad del empleador, reembolso del descuento por retención en la fuente, auxilio de transporte y alimentación, indemnización extralegal por despido injusto, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por no pago de intereses a la cesantía, indemnización moratoria por mora del pago de los aportes de los 3 últimos meses, certificado de tiempos laborados con efectos pensionales, todo beneficio convencional que proceda, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró personalmente para el HOSPITAL MEISSEN E.S.E hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** del 12 de noviembre de 2010 al 06 de octubre de 2014, mediante contratos de prestación de servicios o de arrendamiento de servicios sin solución de continuidad y que desarrolló las mismas funciones del cargo *auxiliar de ropa hospitalaria – lavandería código 5150 categoría III-A*, siendo su último salario de $836.000 y su horario de domingo a domingo de 7pm a 7am, debiendo cumplir los turnos que comunicaban sus jefes inmediatos, siendo su función recoger la ropa hospitalaria de las áreas asistenciales, pesarla y clasificarla según los requerimientos de la coordinación, lavarla, doblarla y entregarla en cada servicio, responder por los elementos que le fueron dados para cumplir su labor y todas las funciones dadas por sus jefes inmediatos MÓNICA RODRÍGUEZ y JOHANA BARBOSA, coordinadores de ropa hospitalaria y servicios generales, sin que pudiera delegar su actividad y para cambiar de turno debía pedir autorización a sus jefes inmediatos y solo podía hacerlo con sus compañeros de trabajo de planta y nunca realizó su labor llevando equipos de su propiedad porque las herramientas de trabajo las suministró en su totalidad el Hospital. , Aseguró que la demandada le consignó su salario por transferencia bancaria bajo el concepto *abono pago en nómina* y que pese cumplir las mismas funciones que sus compañeros de trabajo de planta, la pasiva la obligó a afiliarse como

trabajadora independiente en la seguridad social y adquirir una póliza de cumplimiento de responsabilidad civil para firmar los contratos y siempre le descontó mensualmente la retención en la fuente y el impuesto ICA, pero sus compañeros vinculados directamente a la demandada tenía un salario mayor, prestaciones legales y extralegales de la convención colectiva.

Indicó que la pasiva le expidió un carnet que la identificó como su empleada y debía pórtarlo de forma obligatoria y constante. Aseguró que no podía modificar el modelo de contrato de prestación de servicios profesionales, los cuales firmó bajo el apremio de ser despedida. Manifestó que le hicieron llamados de atención por su labor y felicitaciones verbales por parte de sus jefes inmediatos y que dentro de las instalaciones del Hospital se estructuró una oficina dedicada exclusivamente a manejar a los contratistas. Alegó que fue despedida sin justa causa porque se debía reducir personal por falta de presupuesto. Señaló que el 24 de noviembre de 2016 radicó derecho de petición solicitando el pago de sus acreencias laborales, el cual no fue contestado, por lo cual reiteró su petición el 05 de febrero de 2018, la cual contestó la demandada el 19 de febrero de 2018 de manera negativa. Informó que el Acuerdo Distrital 64 de 2016 ordenó la fusión del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E con otras entidades para conformar la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, la cual subrogo en derecho y obligaciones a su empleador.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 86 a 101).**

La **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a que contestó el derecho de petición de la demandante. Indicó que entre las partes existieron 23 contratos de prestación de servicios, ejecutados de forma autónoma e independiente, cuyo objeto fue el desarrollo del proceso de recolección de ropa hospitalaria, los cuales terminaron de forma legal y nunca de manera unilateral, al punto que la demandante declaró a paz y salvo al contratante, siendo el valor de los honorarios variado y para el último contrato ascendió a $1.237.364, sin que la

demandante tuviera funciones sino simplemente actividades cuyo desarrollo pactaron las partes y las personas que identificó en la demanda no eran jefes inmediatos sino coordinadores de los contratos de prestación de servicios, siendo que para suscribir y desarrollar cada relación laboral la demandante debía afiliarse a seguridad social por su cuenta y adquirir las pólizas que exigen las normas de contratación estatal y el carnet que le expidió era como contratista y no como empleada, procediendo el contratante a responder el derecho de petición de la demandante informándole que actuó como contratista y por ende no tiene derecho a los conceptos laborales reclamados. Interpuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 147 a 148, 01:09:37 cd fl. 146).

El 29 de septiembre de 2020, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de noviembre de 2010 hasta el 06 de octubre de 2014, conforme lo expuesto en la parte motiva.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a pagar a la demandante ANA LORENZA ANDRADE ROMAÑA las siguientes sumas: prima de navidad $1.256.933, cesantías definitivas $2.959.521, intereses a las cesantías $143.769, sanción por el no pago de intereses a las cesantías: $143.769, prima de servicios legal: $558.189, vacaciones $574.933, prima de vacaciones $574.933, indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora, a partir del día 91 desde que se efectuó la terminación del contrato, hasta tanto solucione lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales, diferencias en el pago pensional teniendo como IBC en siguiente y conforme lo expuesto en la parte motiva para 2010 un salario de $835.822, 2011 por $737.490, 2012 por $800.000, 2013 por $836.000 y 2014 por $616.000.* ***TERCERO: ABSOLVER*** *a la demandada de las demás peticiones incoadas en su contra.* ***CUARTO: DECLARAR*** *probada la excepción parcial de prescripción y no demostradas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.* ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandada, se fijan como agencias en derecho en esta instancia el equivalente a 2 SMLMV. (...)"*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la existencia o no de un contrato de trabajo aplicando el principio de realidad sobre las formas para establecer si hay derecho a las pretensiones.

Para resolver indicó que la demandada es una E.S.E. y su régimen es la Ley 10 de 1990 conforme el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y son trabajadores oficiales el personal de servicios generales, incluyendo lavandería conforme la posición de la H. CSJ. Aseguró que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 permite a la Entidad celebrar contratos de prestación de servicios si las actividad contratada no puede realizarla con su personal de planta o requiere conocimiento especializado y la demandante presentó copia de dichos contratos y del certificado de dichas vinculaciones del 12 de noviembre de 2010 al 06 de octubre de 2014, por lo cual activó la presunción de existencia de contrato de trabajo y la demandada debía desvirtuarla, descartando la tacha de sospecha de las testigos porque al ser compañeros de trabajo apreciaron el devenir laboral entre las partes, quienes indicaron que la labor era recoger, clasificar, lavar, secar, planchar y doblar ropa hospitalaria, que había turno y debían pedir autorización del jefe inmediato para no ir o cambiar el mismo, por tanto, no se desvirtuó la subordinación porque la pasiva no presentó pruebas. Declaró la prescripción de los derechos laborales causados antes del 24 de noviembre de 2013, salvo vacaciones que prescriben en 4 años y cesantías cuyo término empieza al final de la relación.

Negó la nivelación salarial frente al cargo de Operario Servicios Generales Código 5150 Grado III A, porque las testigos indicaron que las personas de planta que tuvieron las mismas funciones que la demandante tenían un cargo denominado de forma distinta y la descripción del cargo tiene funciones que no realizó la actora, por tanto, declaró que el salario de 2010 a 2013 está indicado en los contratos y presumió el de 2014 en 1 SMLMV. Absolvió del pago de trabajo suplementario y recargos porque no se acreditó la prestación del servicio en dichas jornadas. Negó la prima de antigüedad al no

estar consagrada en la Convención Colectiva de Trabajo 2007-2011, negó el auxilio de transporte y alimentación porque solo están consagradas para los trabajadores oficiales del nivel nacional, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por no pago de intereses a la cesantía y prima legal de vacaciones, absolvió de la devolución de aportes y retención en la fuente porque la actora no acreditó su pago, condenó a la indemnización moratoria porque la demandada no justificó su incumplimiento y negó la indemnización por no consignación de cesantías porque solo aplica a trabajadores particulares y condenó en costas a la demandada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandante **ANA LORENZA ANDRADE ROMAÑA,** solicitó acceder a la nivelación salarial conforme las pruebas documentales que emitió la pasiva que acreditan que la actividad corresponde al cargo de Operario Servicios Generales Código 5150 Grado III A y acreditó los salarios de dicho cargo; solicitó reliquidar las condenas una vez nivelado el salario. Reclamó el pago de la prima de antigüedad convencional, prima semestral y beneficio por servicios prestados y del auxilio de transporte y alimentación por ser pagos esenciales; aseguró que procede la devolución de la diferencia de los aportes a seguridad social pagados de más por la demandante ya que al momento de cumplir el fallo la actora puede acreditar cuánto pagó. Solicitó revisar el expediente administrativo que aportó la E.S.E., para demostrar el valor del salario en 2014 y no presumir que es el SMLMV, por último, requirió valorar los documentos allegados el 04 de febrero de 2020[1] (01:12:42 cd fl. 146).

[1] Gracias señora Juez. Interpongo recurso de apelación parcial a la decisión, conforme al principio de consonancia, para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se sirva estudiar mi inconformismo por la falta de apreciación de algunas pruebas de carácter documental que perjudican a mi representada. En primera medida, apelo porque las diferencias salariales debieron concederse porque del caudal probatorio documental la señora Juez obvió sin razón justificable el documento que aportó la parte actora con la presentación de la demandada, documento del 20 de febrero de 2017 suscrito por Pedro Alfonso Mejía Sierra, profesional especializado, que a uno de los interrogantes que se le efectuó dijo cargo auxiliar operario en el área de costura y confección, denominación operario de servicios generales, una x y trabajador oficial código 5150 grado III A, es decir, que los testigos no tenían porque saber si era operario de servicios generales o una auxiliar, deseen cuenta honorables magistrados que él estudió y percepción que tiene una persona que presta su servicio en lavandería y costura no tiene que saber el grado y cargo sino que precisamente l aparte actora demostró que esa prestación del servicio era análoga o igual a ese grado y categoría de operario de servicios generales, el Despacho indicó que no se probó tal evento

y por consiguiente no daba lugar a esas diferencias salariales, qué son ni más ni menos la que devenga un operario de servicios generales que la parte actora también demostró cabalmente en forma contundente, cómo, con un documento proveniente de la mis demandada, veamos pues que existe un documento de Fabio Bautista López, Director Operativo, documento que está dentro del proceso proveniente de la misma entidad demandada, que no sorprenderá de ninguna manera a esta porque proviene de ella, que dice que el operario de servicios generales código 5150 Categoría III A, que es ql que se pide que se declare para el año 2010 ganaba $871.873, 2011 $907113, 2012 $966073, 2013 $1.009.740, 2014 $1.055.177, ahora, si comparamos lo que se le pagó por prestación de servicios a la demandante y lo que devengó un operario de servicios generales que hacía las mismas funciones, hay una diferencia salarial y bajo el principio de igual trabajo igual salario el Despacho debió y no lo hizo y ahí es donde se conduele el recurrente porque están las pruebas contundentes para acceder a esta pretensión, por ello el Tribunal debe valorar mi sustento y efectivamente declarar que existe unas diferencias sustanciales que afectan a mi representada. En segundo lugar, como las condenas a las cuales el Despacho accedió de manera parcial no se acompasan al salario que debió devengar, esas condenas deben reliquidarse a favor de mi representada teniendo en cuenta el valor que debió recibir y ello también debe aplicarse a la sanción moratoria que el Despacho encontró que hubo una desatención en el pago de dichas prestaciones a partir del día 91, si el Despacho hubiese tenido en cuenta dichas documentales, hubiera condenado la moratoria con el último salario que devengó para 2014 que no es otro que $1.055.177, que de ahí estimo que la sanción moratoria debe liquidarse con dicho valor porque insisto igual trabajo igual salario y la parte actora demostró de manera fehaciente y cabal que si existen trabajadores de planta que hacían lo mismo que la demandante pero de manera desconocida no la vincularon. Continuando con el recurso apelo la falta de la aplicación irrestricta de la convención colectiva de trabajo, echa de menos el suscrito lo siguiente, de entrada en la certificación a la cual hago alusión y donde se certifican todos los salarios de los operarios de servicios generales en el grado que se pide en la demanda, la propia Entidad dice emolumento que devenga, firmado por Fabiola Bautista López, documento que está dentro del expediente, dice que devenga la asignación básica, que por ello apelé esa diferencia salarial, segundo prima de antigüedad y lo dice la demandada y lo dice la entidad y esta plasmada en la convención colectiva de trabajo y ese derecho la demandante nunca renunció y una persona que trabaja bajo la misma cuerda laboral recibe prima de antigüedad, prima semestral, prima de vacaciones, prima de navidad, beneficios a los cuales el Despacho accedió, compensación de vacaciones y un beneficio por servicios prestados que en aplicación de la convención debió condenarse, la cesantía que fueron condenadas pero no con los valores reales que debió devengar y por eso apelo y los intereses a la cesantía que también deben reliquidarse. De ello debo indicar que estimo que un auxiliar debe recibir un auxilio de transporte, lo debe recibir y más si es un trabajador oficial, no se puede entender como el Despacho niega que se le cancele un rubro para que se transporte de su casa al lugar de trabajo, yo diría que eso es elemental en la medida que no puede sacar de su remuneración mensual dicho valor y el auxilio de transporte debió ser concedido, de la misma manera el auxilio de alimentación que está consignado en la convención colectiva de trabajo. Ahora bien, el Despacho indicó que se piden unos aportes o devolución de aportes a seguridad social integral pero que el Despacho no encontró que se hubieran aportados dichos rubros y por eso se exime de su estudio, pero estimo que cuando la sociedad demandada vaya a cumplir la sentencia el demandante aporte lo que pagó de seguridad social y eso es muy fácil de aportar y es un documento que no se puede controvertir ya que era una exigencia de la Entidad, por ello estimo que los valores pagados de más por la demandante y que se encuentren demostrados en un documento de un fondo privad y de una entidad de salud y de riesgos laborales tienen que hacer la compensación, a partir de la sentencia es que nacen los derechos de la demandante y es por ello que deben tenerse en cuenta los valores pagados porque eso no se va a controvertir en este juicio, si la demandante aporta que pagó al Fondo de Pensiones una suma de valores durante la relación laboral y lo mismo en salud y arl en su 100%, como se le exigía a la demandante, pues se le debe devolver lo pagado de más. El otro punto es que la parte demandada adujó que mi representada laboró como auxiliar de enfermería después de octubre de 2014 y eso se hizo así, señora Juez y apoderada de la SUBRED, porque la competencia para conocer de este litigio recae para esta jurisdicción solamente en trabajadores oficiales, si yo hubiese demandado el último lapso de tiempo que fue auxiliar de enfermería perdería competencia y eso es otro litigio totalmente diferente y por ello hago la aclaración que únicamente se alegó hasta octubre de 2014 porque después que fue auxiliar de enfermería la competencia la gana lo Contencioso Administrativo, es por ello que se hizo esa salvedad en la demanda. Otro punto para advertir es que dentro de mi apelación debo indicar que existe el expediente administrativo aportado por la Entidad demandada y ahí aparecen todos los contratos y sus valores y cuando la señora Juez estima que se debe liquidar con el smlmv para 2014 está en desventaja la demandante porque inclusive en el mismo expediente administrativos se encuentran los contratos que aportó la entidad demandada. Con relación a que el Despacho no tiene en cuenta unos documentos que se aportaron el 04 de febrero de 2020 con posterioridad y que no los tiene en cuenta, debo indicar que si se está tratando de encontrar la verdad verdadera, los documentos provienen de la parte demandada y no de un tercero y a juicio del suscrito esos documentos debieron ser incorporados al expediente o por lo menos a título informativo porque no se está desconociendo la contradicción de dicha prueba y más teniendo en cuenta que provienen de la parte demandada. Por último, bien lo indicó elDespacho que la convención colectiva de trabajo se aportó con sello de depósito oportunamente y por eso debe ser tenida en cuenta de manera irrestricta, como se piden en las pretensiones de la demanda. No es más muchas gracias.

La demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** solicitó revocar el fallo por las contradicciones de las pruebas de la demandante, lo cual demuestra que entre las partes no hubo contrato de trabajo. Indicó que la actora indicó que fue obligada a firmar los contratos de prestación de servicios pero no pidió su nulidad y manifestó que no tenía experiencia cuando se fue vinculada y que después de la inducción no recibió órdenes ni señaló que se hubiera violado su autonomía; aseguró que no se valoró el intereses de los testigos en favorecer a la demandante y es sospechoso que coincidan en los nombres de los presuntos jefes y del personal de planta, pero no en la forma como se pedía permiso y las testigos no indicaron que la actora hubiera recibido órdenes por temas diferentes a aquel por el cual se contrató o que se le sancionó u obligó a cumplir los reglamentos de la Entidad, por ende nunca se corroboró la subordinación; Reclamó que al ser la sentencia declarativa no se puede señalar mala fe de la Entidad, quien ejerció un contrato que en su sentir consideró como de prestación de servicios, sin que sea válido considerar pruebas no aportadas oportunamente y el documento de funciones del cargo no es válido sin sello[2] (01:28:01 cd fl. 146).

---

[2] En este estado de la diligencia interpongo recurso de apelación en contra de la decisión proferida por este Despacho en el presente proceso. Aunque se respeta la decisión del Despacho no se comparten algunos de sus argumentos, en especial aquellos que hacen relación a la prueba recaudada, porque existen unas grandes contradicciones dentro del acervo probatorio que únicamente cobra validez dentro de este proceso, así como las documentales que en la oportunidad legal aportó la parte demandante. Si se observa con detenimiento el interrogatorio de parte, el cual como ya se dijo en alguna oportunidad la demandante fue evasiva en sus contestaciones, lo cierto es señora Juez que en dicha oportunidad la aquí demandante manifestó algo importante y que quizás no evaluó el Despacho fue que la demandante fue obligada a firmar la prestación de servicios y si ello fue lo primero que debió instaurar fue una demanda de nulidad de dichos contratos por vicios del consentimiento, dos, la demandante también indicó en su interrogatorio que no tenía ni idea de porque la habían contratado, es decir, que ella nunca demostró una experiencia para ser contratada, igualmente en esa oportunidad en su interrogatorio la demandante dijo que le habían dado una inducción cuando ingresó a prestar sus actividades en el HOSPITAL DE MEISEEN y posteriormente frente dicha manifestación indicó que no había recibido alguna orden diferente a aquella de las cuales fue contratada, es decir, para labores de lavado y planchado, igualmente señora Juez, en su interrogatorio, en ningún momento ella indicó que se le hubiese violado su autonomía y su liberalidad en el ejercicio de la actividad contratada, por lo demás recalcó que la ejercía conforme la indicación que se le había dado el primer día. En cuanto la tacha de los testimonios que el Despacho la niega, sorprende por cuanto una de las demandantes no solo manifestó haber compañera de trabajo de ella sino conocerla desde su infancia, es decir, que existe un interes muchísimo mayor en favorecer a esta persona dentro de las resultas de este proceso, así lo indicó la señora LUCELLY cuando indicó que la conocía por más de 54 años. Cuando se comparan los testimonios entregados por ambas partes, igualmente señora Juez, en ninguna parte, si bien es cierto dicen que tuvieron jefes, los cuales igualmente sorprende que solo se acuerden de 3 nombres en la misma forma que lo reseñan, situación que ya había expuesto a este Despacho, es decir, ambas se olvidan de un apellido de una persona que ejerció de nombre JAMES, ambas indican que no recuerdan el apellido de esa persona y aun así el Despacho no lo tiene en cuenta y coinciden, de manera sorpresiva, en las personas que estuvieron de planta y en lo demás no coincide nada, mientras que una de las testigos indicó que debía pedir permiso por escrito, la otra manifestó que con una llamada era suficiente, ninguna de

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** ratificó su recurso y que las funciones de la actora fueron iguales a las del cargo oficial reclamado y procede la nivelación salarial, reliquidar las condenas y ordenar la prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados y auxilios de transporte y alimentación. La apoderada de la **DEMANDADA** indicó que la demandante firmó con capacidad y libertad los contratos de prestación de servicios y cumplió con las actividades contratadas sin alegar inconformidad y la Entidad se limitó a supervisar el contrato después de la inducción y no hay prueba de que hizo llamados de atención, memorandos, imposición de reglamentos u órdenes de cómo realizar la actividad contratada, aspectos que acreditan los testimonios, los cuales refieren a una cooperación que entre las partes que es válida y necesaria y un horario no acredita subordinación y las documentales aportadas son del HOSPITAL MEISSEN y no de la demandada.

---

las testigos manifestó una orden diferente a la cual para la cual fue contratada, es decir, ninguna manifestó que hubiese sido sancionada o le hubieran indicado algún tipo de proceso o que se le obligara al cumplimiento del reglamento de la Entidad, ninguna de ellas manifestó una orden diferente a esa y sin embargo el Despacho asegura que estuvieron subordinadas, situación que jamás fue corroborada por las partes, nunca en sus testimonios indicaron que recibieron unas ordenes diferentes para las cuales fueron contratadas. Igualmente, señora Juez, dados esos testimonios no se corrobora la existencia de la relación laboral, sumado a ello, frente lo que alega la parte demandante, este proceso es de carácter declarativo y a partir de la sentencia se reconocen esos derechos y por ende no resulta procedente que se condene por una moratoria o por una mala fe cuando en su sentir la Entidad ejerció un contrato de prestación de servicios y bajo dicho contrato pagó los honorarios a la aquí demandante, igualmente tampoco resulta procedente que en esta segunda instancia se tengan como pruebas documentos que fueron allegados con posterioridad al decreto de pruebas, lo cual resultaría contrario al derecho de contradicción y defensa, además que no se sabe cómo la entidad allega unos documentos de los cuales nunca fue requerida por el Despacho y resulta bastante sospechoso que se hayan aportado dichos documentos. En cuanto a que se deban tener en cuenta los aportes a la seguridad social, me apartó de ello como quiera que dichos documentos han debido aportarse desde el inicio de la demanda y la demandante debió probar desde el inicio que efectuó esos aportes y no con posterioridad a la sentencia, igualmente, honorable Tribunal, informo que frente los documentos que asevera la parte demandante, hay un documento dentro del proceso el cual hace relación a un manual de funciones, dicho documento si bien no fue tachado de falso porque fue aceptado por mi antecesor, lo cierto es que dicho documento trae la nota que ese documento no es válido en medio impreso sin la identificación de sello seco documento controlado, este documento contiene información de carácter confidencial y es propiedad del hospital MEISSEN y ninguna parte de su contenido puede ser usado, copiado, divulgado sin autorización escrita por parte del hospital MEISSEN, situación que no ocurrió y sin embargo se allegó al proceso. De otra parte, honorable Tribunal, en cuanto la expedición que hace la SUBRED SUR de los salarios y que se encuentran pues aportados en este proceso. En ese orden de ideas, pido al honorable Tribunal revocar en su totalidad la sentencia proferida por este Despacho, como quiera que del caudal probatorio allegado por la parte demandante no se corrobora la existencia de una relación laboral e igualmente frente la prueba testimonial e interrogatorios de parte tampoco se puede determinar o probar la existencia de una relación laboral, máxime si aquellas declaraciones son contradictorias y tampoco se encuentra un documento que soporte las mismas. En ese sentido expongo mi recurso de apelación ante el Superior.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante a declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo, en caso afirmativo, establecer si le asiste derecho a la nivelación salarial y demás pretensiones reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** El Acuerdo 641 del 06 de abril de 2016 del CONSEJO DE BOGOTÁ D.C. fusionó la E.S.E. MEISSEN, entre otras, en la demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**; ***ii)*** el 25 de febrero de 2018 la demandada contestó el derecho de petición radicado por la demandante (fl. 59 a 66).

- **Principio de Primacía de la Realidad sobre las Formas y el Contrato de trabajo.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, entre otras.

No son pocos los conflictos en los cuales se controvierte la naturaleza de un contrato o relación para declarar que en realidad tiene naturaleza laboral, en especial respecto de los contratos de prestación de servicios personales. Sobre el tema, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha señalado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de manera autónoma e independiente, sin que la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, impliquen necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es

trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4347 de 2020, SL2626 de 2021, SL3324 de 2021, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de noviembre de 2010 al 06 de octubre de 2014 y condenó al pago de aportes a pensión, prestaciones sociales legales, prima de navidad, prima de vacaciones, indemnización por no pago de intereses a las cesantías e indemnización moratoria, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

La demandante **ANA LORENZA ANDRADE ROMAÑA** presentó recurso de apelación y solicitó la nivelación salarial y revisar el expediente administrativo que aportó la ESE para no considerar que el sueldo de 2014 fue 1 SMLMV, reliquidar las condenas, pago de la prima convencional de antigüedad, prima semestral, beneficio por servicios prestados, auxilio de transporte y alimentación y devolución de los aportes pagados de más porque al momento del cumplimiento del fallo la actora puede acreditar el pagó por tal concepto y requirió valorar las pruebas documentales aportadas en febrero de 2020.

La demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** presentó recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que la contradicción en las pruebas de la parte actora demuestra que entre las parte no hubo contrato de trabajo, que la actora no solicitó la nulidad de los contratos de prestación de servicios, manifestó que no tenía experiencia y que no recibió órdenes luego de la inducción ni señaló que se le hubiera vulnerado su autonomía; que no se valoró el intereses de los testigos, que coinciden en los nombres de los presuntos jefes y personal de planta pero no en lo demás ni indicaron que la actora recibiera ordenes, fuera sancionada u obligada a cumplir los reglamentos de la Entidad y por ello no se corroboró la

subordinación y como el fallo es declarativo no se puede indicar mala fe de la pasiva, no se pueden valorar pruebas extemporáneas y el documento de funciones del cargo no es válido sin sello.

- **Sobre la Existencia del Contrato de Trabajo.**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, el artículo 22 CST define al contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación, a cambio de un salario; por su parte, el artículo 23 CST consagra los elementos esenciales de este contrato: la actividad personal, la continua subordinación y un salario.

En el caso de los trabajadores oficiales, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 establece la presunción legal de que todo trabajo personal se rige por un contrato de trabajo, por tanto, al promotor del proceso le basta con demostrar la prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción y será carga de la contraparte desvirtuar la misma demostrando que no se reúnen los elementos restantes del contrato de trabajo. Lo anterior materializa el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral y de la seguridad social, consagrado en el artículo 53 constitucional.

En el presente asunto la **DEMANDANTE** acreditó que prestó su servicio a favor del HOSPITAL MEISSEN E.S.E. del 12 de noviembre de 2010 al 06 de octubre de 2014, en el área de ropa hospitalaria, tal y como lo certificó dicha Entidad el 19 de febrero de 2015 (fl. 67 a 68), lo cual concuerda con la copia de algunos de los contratos suscritos entre las partes allegada por la parte actora (fl. 71 a 81, cd fl. 82).

Como la parte demandante demostró la prestación personal del servicio, se benefició de la presunción de existencia de contrato de trabajo, del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y no tiene porque demostrar subordinación, por tanto, es la demandada **SUBRED**

INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. quien tiene la carga de acreditar la ausencia de los elementos restantes del contrato de trabajo para desvirtuar la presunción, conforme ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, entre otras.

Así las cosas, La Sala pasa a verificar si los puntos de reproche expuestos en la apelación de la **DEMANDADA** desvirtúan la presunción de existencia de contrato de trabajo.

La apoderada de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** alegó que la demandante en su interrogatorio indicó que no tenía experiencia, que no recibió órdenes después de la inducción y no señaló que se hubiera vulnerado su autonomía. Sin embargo, la valoración integral de dicho interrogatorio desvirtúa que la actora confesó haber prestado su servicio de forma libre y autónoma, ya que se limitó a indicar que fue contratada como auxiliar de ropa hospitalaria, que tuvo un supervisor del contrato que verificó y controló el cumplimiento de la actividad contratada, que la supervisora le explicó cómo hacer el lavado y que luego de esa inducción ya sabía hacerlo, manifestaciones que no pueden equipararse a una prueba contundente de que el servicio personal de la promotora del litigio se prestó de forma autónoma y libre (32:19, 37:54 y 41:02 cd fl. 138).

De otra parte, la **DEMANDADA** alegó en su apelación que no se valoró el interés de las testigos de favorecer a la parte demandante, que fue sospechoso que sus dichos coincidieran solo en ciertos aspectos y en lo demás fueran contradictorios e indicaron que la actora no recibió órdenes, sanciones ni fue sometida a los reglamentos de la pasiva.

Al respecto, la Sala observa que si bien las testigos LUZ MERY CÁRDENAS VENEGAS y LUCELLY QUINTERO MÁRQUEZ señalaron haber demandado a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** (40:25 y 55:11 cd fl. 146 archivo 1), también manifestaron que prestaron su servicio junto con la demandante y

ejerciendo el mismo cargo, lo cual permite inferir que las testigos observaron de forma directa cómo se desarrolló la relación entre las partes y pueden informar sobre ello, por tanto, su declaración no será rechazada, pero si será valorada con rigurosidad.

Así las cosas, la **DEMANDADA** alegó que es sospechoso que las testigos coincidan en el nombre de los presuntos nombres de los jefes inmediatos de la demandante y de las presuntas compañeras de lavado vinculadas directamente por la E.S.E., sin embargo, tal circunstancia no es sospechosa, porque al ser las testigos compañeras de la demandante y compartir el mismo cargo y horarios con ella, es razonable que puedan identificar las personas que actuaron como supervisores de las personas que laboraron en la lavandería, así mismo, al ser parte de dicha área de lavandería puede identificar el nombre de las compañeras de dicha área vinculadas directamente a la E.S.E. demandada (18:22, 31:44 y 01:04:05 cd fl. 146).

Frente las presuntas contradicciones de las testigos, observa la Sala que LUZ MERY CÁRDENAS VENEGAS y LUCELLY QUINTERO MÁRQUEZ coinciden en informar que la demandante tenía un horario rotativo impuesto por las personas que identificaron como "*jefes*" y LUZ MERY CÁRDENAS VENEGAS manifestó que dichos turnos eran de 7am a 1pm, 1pm a 7pm o 7pm a 7am y los fijaban las planillas que elaboraba el jefe (11:01 y 22:25 cd fl. 146 archivo 1), lo cual ratificó LUCELLY QUINTERO MÁRQUEZ (01:54:03 cd fl. 146 archivo 1), por ende no hay contradicción en ese aspecto; del mismo modo, la testigos coinciden en señalar que la demandante laboró en el servicio de ropa hospitalaria recogiendo, clasificando, lavando, secando y planchando la ropa del Hospital (07:18 y 01:14:17 cd fl. 146 archivo 1).

Las testigos también concuerdan en señalar que los jefes de la demandante, que identificaron como JOHANA BARBOSA, MÓNICA RODRÍGUEZ, NADIA YORDAQUIN y JAMES, no solo fijaban los turnos sino que además verificaban el cumplimiento del horario y del trabajo de las operarias de ropa hospitalaria (17:16, 50:22 y 01:11:46 cd fl.

146 archivo 1) y que la demandante no podía abandonar su turno y que era necesario pedir permiso a esos jefes para ausentarse o cambiar de turno, indicando LUZ MERY CÁRDENAS VENEGAS que la actora no se podía irse del turno libremente porque el servicio quedaba descubierto y que para pedir permiso se debía doblar el turno o pedir reemplazo con las personas del área de ropa (23:42 cd fl. 146 archivo 1), mientras que LUCELLY QUINTERO MÁRQUEZ señaló que toda ausencia debía comunicarse al jefe para explicar el motivo y pedir permiso, salvo si se trataba de enfermedad, caso en que solo debían llamar a avisar y debían presentar la incapacidad (01:09:22 cd fl. 146).

El análisis de los testimonios permite concluir que si bien estos no coinciden en su totalidad, si concuerdan en su mayoría y no contienen elementos que afecten su valor probatorio, por tanto, los reproches elevados por la **DEMANDADA** en su recurso de apelación no tienen el mérito suficiente para concluir que el dicho de las testigos desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo, ya que LUZ MERY CÁRDENAS VENEGAS indicó que no presenció llamados de atención a la demandante pero aclaró que ello obedece a que la actora siempre cumplió sus deberes y horario (19:32 cd fl. 146 archivo 1), por tanto, el estudio integral de ambos testimonios permite concluir que el dicho de las testigos no descarta la presunción sino que por el contrario la reafirma.

De otra parte, la demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** no presentó pruebas documentales ni testimoniales, a pesar que conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ es la demandada quien debe desvirtuar la subordinación para enervar la presunción legal en su contra, advirtiendo la Sala que el H. Consejo de Estado, en la sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021 proferida en el proceso 050012333-000-2013-01143-01 (1317-2016), definió que el uso del contrato de prestación de servicios por las Entidades Públicas procede para atender funciones ocasionales o para cumplir funciones del objeto misional de forma excepcional y temporal cuando no hay suficiente

personal de planta o se requieren conocimiento especializados, condiciones que se deben demostrar con los estudios previos u otros documentos precontractuales o contractuales, esfuerzo probatorio que omitió efectuar la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, más aún cuando la demandante acreditó que las partes suscribieron 23 contratos de prestación de servicios sin solución de continuidad apreciable (fl. 67 a 68), por lo cual no es viable concluir que se desvirtuó la presunción de existencia del contrato de trabajo.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión de la *a quo* de declarar probada la existencia de un único contrato de trabajo por los extremos temporales señalados en la sentencia de primera instancia.

- **Sobre el valor del salario y nivelación salarial.**

Como se confirmará la existencia de un contrato de trabajo, la Sala procede a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** respecto la solicitud de nivelación salarial, para lo cual es relevante considerar que en este proceso se decretó como prueba las documentales aportadas con la demanda (1:18 cd fl. 148), las cuales no tachó la demandada, quien por el contrario requirió expresamente que fueran tenidas en cuenta (fl. 101).

Dichas pruebas documentales decretadas se presumen auténticas, conforme el artículo 54A CPTSS y 244 CGP, llamando la atención que el oficio TH-368-17 del 20 de febrero de 2017 fue emitido por el área de talento humano de la SUBRED demandada, el cual refiere que el cargo *lavandería* tiene la denominación *Operario Servicios Generales Código 5150 y Grado IIIA* y debe ser ocupado por trabajador oficial (fl. 69), lo cual coincide con la descripción del cargo descrita en la Resolución 012 del 20 de enero de 2012 del HOSPITAL MEISSEN E.S.E., el cual refiere funciones de aseadora o lavandería (fl. 49 a 52), a la vez que se allegó certificación de la Dirección de Talento Humano de la SUBRED demandada emitida el 05 de diciembre de 2017, la cual describe el valor la asignación básica histórica de dicho cargo y relaciona otros factores devengados por el mismo (fl. 70).

Las precitadas pruebas documentales permiten concluir que la demandante si acreditó que ejerció las funciones propias del cargo *Operario Servicios Generales Código 5150 y Grado IIIA*, ya que presentó certificación de servicios en el área de ropa hospitalaria (fl. 67 a 68), copia parcial de los contratos de prestación de servicios cuyo objeto contractual es recoger ropa hospitalaria en las áreas asistenciales, su clasificación según las condiciones establecidas por la coordinación de ropa hospitalaria, operar las máquinas de lavado, centrifugado y secado, seleccionar, doblar y transportar la ropa de regreso a las áreas del Hospital (fl. 71 a 81), actividades que concuerdan con las señaladas en la descripción del cargo oficial en cuanto la actividad de lavandería (fl. 49 a 52).

Por lo anterior, es desproporcionada la exigencia que impuso la *a quo* para acceder a la nivelación salarial, por cuanto requirió que las testigos indicaran con precisión el nombre del cargo de las compañeras de lavandería vinculadas directamente con la E.S.E. y que este coincidiera con el consagrado en la descripción del cargo, ya que las testigos solo apreciaron el devenir de la relación laboral entre las partes, pero no los aspectos formales del cargo y no hay prueba de que hayan tenido acceso a dicha información, a la vez que el principio de realidad sobre las formas y las descripción del cargo y certificaciones dadas por la propia E.S.E. demandada permiten inferir que los trabajadores oficiales asignados a lavandería tiene el cargo *Operario Servicios Generales Código 5150 y Grado IIIA*.

Así las cosas, le asiste derecho a la demandante a que se declare que su asignación básica corresponde a la del cargo oficial reclamado, la cual ascendió en 2010 a $871.873, en 2011 a $907.111, en 2012 a $966.073, en 2013 a $1.009.740 y en 2014 a $1.055.177 (fl. 70).

En cuanto el pago de la diferencia salarial entre el valor de la asignación salarial y los honorarios, la Sala confirmará el monto de los honorarios que declaró la *a quo* al ser acorde con el señalado en las

copias de los contratos de prestación de servicios aportados, sin que sea cierto lo dicho por la **DEMANDANTE** en su apelación de que presentó copia completa del contrato de 2014, ya que tanto la copia física como la digital están incompletas, por tanto, para dicho año se considerará que los honorarios fueron de 1 SMLMV (fl. 71 a 81 y cd fl. 82). Así las cosas, para el año 2010 el valor de los honorarios fue $835.822; año 2011 de $737.490; año 2012 de $800.000; año 2013 de $836.000 y año 2014 de $616.000.

Considerando que no se controvirtió la fecha de prescripción declarada en primera instancia, las diferencias salariales anteriores al 24 de noviembre de 2013 están prescritas:

Desde	Hssta	Días	Asignación básica	Honorarios	Diferencia	Subtotal
12/11/2010	31/12/2010	50	$ 871.873	$ 835.822	$ 36.051	Prescribió
1/01/2011	31/12/2011	360	$ 907.111	$ 737.490	$ 169.621	
1/01/2012	31/12/2012	360	$ 966.073	$ 800.000	$ 166.073	
1/01/2013	23/11/2013	322	$ 1.009.740	$ 836.000	$ 173.740	
24/11/2013	31/12/2013	38	$ 1.009.740	$ 836.000	$ 173.740	$ 220.071
1/01/2014	06/10/2014	360	$ 1.055.177	$ 616.000	$ 439.177	$ 4.025.789
TOTAL						**$ 4.245.860**

- **Acreencias Laborales Legales y Convencionales Reclamadas en el Recurso de Apelación de la Demandante.**

La **DEMANDANTE** solicitó en su apelación el pago de la prima convencional de antigüedad, la prima semestral, beneficio por servicios prestados y auxilio de transporte y alimentación, reclamo que procede a analizar la Sala.

La parte actora allegó copia digital de la Convención Colectiva de Trabajo 2007-2011 (pág. 1 a 16 archivo "*Compilación Convenciones Colectivas de Trabajo Subred Sur*" cd fl. 82), acta de acuerdo directo por la cual se adoptó la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2016 (pág. 17 a 25 archivo "*Compilación Convenciones Colectivas de Trabajo Subred Sur*" cd fl. 82) y Convención Colectiva de Trabajo 2017-2021 (pág. 26 a 36 archivo "*Compilación Convenciones Colectivas de Trabajo Subred Sur*" cd fl. 82), las cuales fueron allegadas con sello de depósito del Ministerio de Trabajo conforme lo exige el artículo 469 CST y por ende serán valoradas, por cuanto en su campo de aplicación se indicó que cobijan a todos los trabajadores oficiales vinculados a las E.S.E.

adscritas a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C. y se señaló expresamente el HOSPITAL DE MEISSEN.

En cuanto el pago de la ***Prima Convencional de Antigüedad***, ninguna de las convenciones colectivas allegadas contiene el artículo que consagra tal emolumento, por cuanto si bien la CCT 2007-2011, hace referencia a que dicha prima será considerada para la liquidación de cesantías o para la indemnización por despido sin justa causa (pág. 8 y 9 archivo "*Compilación Convenciones Colectivas de Trabajo Subred Sur*" cd fl. 82), la mera mención de la existencia de dicho emolumento no permite concluir sus condiciones de causación ni monto, por ende, la parte actora no acreditó las condiciones del derecho que reclama y por tanto, no es posible acceder a ordenar el mismo.

Frente el ***Beneficio por Servicios Prestados***, dicho beneficio convencional anual se consagró en el artículo 11 CCT 2012-2016 (pág. 22 archivo "*Compilación Convenciones Colectivas de Trabajo Subred Sur*" cd fl. 82), a favor de los trabajadores oficiales que ingresaron a partir del 1° de enero de 2005, en cuantía del 50% de la asignación básica mensual y sin ser factor salarial. Como quiera que la demandante ingresó el 12 de noviembre de 2010, tiene derecho a dicho beneficio y como la convención indicar que su pago es anual, la Sala interpreta que se cancela los 12 de noviembre de cada anualidad.

Respecto la ***Prima Semestral***, el artículo 5° del Acuerdo Distrital 14 de 1977, creó dicho emolumento a favor de todos los funcionarios de la administración central distrital, posteriormente, el artículo 1° del Decreto Distrital 691 de 1978, ratificó que los destinatarios de dicha prestación eran los empleados públicos de la administración central distrital y el artículo 28 del Acuerdo Distrital 25 de 1990, definió que la devengarían los empleados y trabajadores de la administración central del Distrito, escapando a su alcance el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL por ser una entidad pública descentralizada del orden distrital conforme el Acuerdo 1 del Acuerdo Distrital 136 de 2004.

Así las cosas, si bien la certificación de emolumentos del cargo *Operario de Servicios Generales Código 5150 Categoría IIIA* del 05 de diciembre de 2017 de la SUBRED demandada relaciona la prima semestral (fl. 70), dicho emolumento no se consagró legalmente para los trabajadores oficiales de las entidades distritales descentralizadas, por tanto, su reconocimiento por la E.S.E. debió ser convencional, sin embargo, las Convenciones Colectivas de Trabajo allegadas no hacen mención a esta prima (cd fl. 82), motivo por el cual no es posible acceder a su reconocimiento.

En cuanto el ***Auxilio de Transporte***, la demandante solicita que se reconozca dicho emolumento en las condiciones señaladas en las convenciones colectivas de trabajo, por cuanto el artículo 2° de la CCT 2007-2011, definió que para el periodo 2010 – 2011, el valor de éste auxilio seria el porcentaje más favorable entre el IPC nacional y el porcentaje de incremento del SMLMV o de los empleados públicos del distrito capital; mientras que el artículo 2° de la CCT 2012-2016, indicó que su monto sería incrementado en un 7% para el 2012 y para 2013 y 2014 sería el porcentaje más favorable más el 0,5% entre las 3 opciones: incremento de IPC nacional, incremento SMLMV o incremento de empleados públicos distritales (pág. 6, 20 y 21 archivo "*Compilación Convenciones Colectivas de Trabajo Subred Sur*" cd fl. 82).

A pesar de que las anteriores normas convencionales mencionan el auxilio de transporte, son insuficientes para determinar su valor, ya que dichos artículos convencionales se limitaron a fijar la forma como debía calcularse el incremento de este auxilio, sin mencionar el monto inicial a incrementar, lo cual impide fijar el monto convencional que por dicho concepto era reconocido en vigencia de la relación laboral y en consecuencia no es posible ordenar su reconocimiento.

Frente al ***Subsidio de Alimentación***, el artículo 3° de la CCT-2007-2011 y artículo 3 CCT 2012-2016, consagran el monto del incremento de dicho concepto, sin embargo, no establecen los requisitos que se deben reunir para acceder a dicho subsidio, aspecto

que no fue acreditado en ninguna de las CCT aportadas por el demandante, lo cual imposibilita que esta Sala pueda determinar si la demandante cumple o no las condiciones para acceder a tal concepto y por ende no se ordenará su reconocimiento por insuficiencia probatoria (pág. 6, 7 y 21 archivo "*Compilación Convenciones Colectivas de Trabajo Subred Sur*" cd fl. 82).

Así las cosas, como no se controvirtió la fecha de prescripción declarada en primera instancia, la demandante tiene derecho conforme el salario declarado al pago de los siguientes emolumentos:

Desde	Hasta	Días	Salario	Beneficio servicios prestados
12/11/2010	31/12/2010	50	$ 871.873	Prescrito
1/01/2011	31/12/2011	360	$ 907.111	
1/01/2012	31/12/2012	360	$ 966.073	
1/01/2013	23/11/2013	322	$ 1.009.740	
24/11/2013	31/12/2013	38	$ 1.009.740	$ 53.292
1/01/2014	06/10/2014	360	$ 1.055.177	$ 403.019
TOTAL				**$ 456.311**

- **Reliquidación de Acreencias Ordenadas en Primera Instancia.**

Como quiera que se accedió a la solicitud de nivelación salarial, en consecuencia la Sala procede a estudiar la pretensión relativa a la reliquidación de las condenas impuestas en primera instancia considerando el valor real del salario, conforme la solicitud elevada en el recurso de apelación por la **DEMANDANTE**.

Desde	Hasta	Días	Salario	Aux. trans.	Prima navidad	Prima vacaciones	Cesantía	Interés cesantía	Prima servicios	Vacaciones
12/11/2010	31/12/2010	50	$871.873	$	Prescrito	Prescrito	$121.093	Prescrito	Prescrito	Prescrito
1/01/2011	31/12/2011	360	$907.111	$			$907.111			
1/01/2012	23/11/2012	322	$966.073	$			$864.099			
24/11/2012	31/12/2012	38	$966.073	$			$101.974			$50.987
1/01/2013	23/11/2013	322	$1.009.740	$			$903.156			$451.578
24/11/2013	31/12/2013	38	$1.009.740	$	$106.584	$53.292	$106.584	$1.350	$106.584	$53.292
1/01/2014	6/10/2014	275	$1.055.177	$	$806.038	$403.019	$806.038	$73.887	$806.038	$403.019
TOTAL					**$912.622**	**$456.311**	**$3.810.055**	**$75.237**	**$912.622**	**$958.876**

Del mismo modo, se modificará el valor de la indemnización por no pago de intereses a las cesantías para que sea igual al señalado para dicha prestación social.

En cuanto la indemnización moratoria, la **DEMANDADA** indicó en su recurso de apelación que la sentencia de primera instancia tiene

naturaleza declarativa y por ello no hubo mala fe de la demandada porque esta actuó bajo el convencimiento de que el contrato celebrado no era laboral. Dicho argumento no es de recibo por la Sala, ya que se acreditó que la Entidad no solo impuso horarios sino que además la demandante debía solicitar permisos para no asistir o cambiar de turno, exigió presentar incapacidad médica para justificar la inasistencia por enfermedad y celebró 23 contratos de prestación de servicios sin solución de continuidad para desarrollar una actividad misional básica y de carácter permanente de la E.S.E. (lavandería de la ropa hospitalaria), para lo cual destinó trabajadores oficiales de planta y contratistas de prestación de servicios como la demandante, circunstancias que descartan la existencia de buena fe, además, la demandada no aportó ninguna prueba para sostener su tesis defensiva, motivo por el cual se confirmará la condena al pago de la indemnización moratoria.

En el presente caso no existe un solo indicador de buena fe, por el contrario, está plenamente acreditado que la demandada, a través de contratos u ordenes de prestación de servicios, pretendió eludir la aplicación de la ley laboral, lo cual no solo atentó contra el derecho de la trabajadora a la estabilidad en el empleo y su dignidad, sino a los demás derechos y garantías previstas en la legislación laboral.

- **Devolución de Pagos de Aportes a Seguridad Social.**

La **DEMANDANTE** solicitó en su apelación que se acceda a ordenar la devolución de los valores adicionales que pagó por aportes a la seguridad social, pretensión a la que no accederá la Sala, pues a pesar de que la promotora del litigio debía acreditar ante la E.S.E. el pago de los aportes para recibir el pago de su remuneración, tal circunstancia no libera a dicha parte de la carga de la prueba de acreditar en juicio el monto que pagó por dichos conceptos para reclamar su devolución, ya que no es dable al funcionario judicial hacer suposiciones de lo cancelado o permitir que la parte que omitió la carga de la prueba subsane dicha omisión al momento del cumplimiento del fallo, porque acceder a ello implica desconocer el

artículo 167 CGP y si bien la H. CSJ ordenó la devolución de aportes en las sentencias SL4345 de 2020 y SL2872 de 2021, ello fue porque en esos procesos la contratista acreditó el monto de lo que pagó por aportes, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

CONCLUSIÓN

Resueltos todos los puntos de reproches elevados en los recursos de apelación, la Sala confirmará que entre las partes existió un solo contrato de trabajo del 12 de noviembre de 2010 al 06 de octubre de 2014, declarará que el valor del salario corresponde a la asignación básica del cargo *Operario Servicios Generales Código 5150 y Grado IIIA*, adicionará las condenas por diferencias salariales y beneficio por servicios prestados y se reliquidará las condenas impuestas en primera instancia conforme el real valor del salario.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el Numeral Segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a pagar a la demandante **ANA LORENZA ANDRADE ROMAÑA** las siguientes sumas: ***a)*** $4.245.860 por diferencias salariales; ***b)*** $456.311 por beneficio por servicios prestados convencional; ***c)*** $912.622 por prima legal de navidad; ***d)*** $456.311 por prima legal de vacaciones; ***e)*** $3.810.055 por cesantías; ***f)*** $75.237 por intereses a la cesantía; ***g)*** $912.622 por prima legal de servicios; ***h)*** $958.876 por compensación por vacaciones; ***i)*** $75.237 por indemnización por no pago de intereses a la cesantía; ***j)*** pago de la indemnización moratoria, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, equivalente a 1 día de último salario por cada día de mora en el pago de salarios y

prestaciones sociales, contado desde el 05 de enero de 2015 y hasta el día del pago de los conceptos en mora; ***k)*** pago de la mayor diferencia entre el valor pagado por aportes a pensión y el valor de la asignación básica, el cual deberá ser consignado a la administradora de pensiones donde este afiliada la demandante, considerando como IBC del año 2010, la suma de $871.873; año 2011, la suma de $907.111; año 2012, la suma de $966.073; año 2013, la suma de $1.009.740 y año 2014, la suma de $1.055.177.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0182-2021
Radicado N° 28 2017 00635 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2020, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se ordenó la reliquidación de una pensión de jubilación.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DIEGO BERNAL DUQUE, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP con el fin de que se condene a la entidad a reliquidar la pensión de jubilación convencional teniendo en cuenta una tasa de remplazo del 100% y el promedio de lo

devengado en el último año de servicios, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que mediante Resolución N° 00773 del 3 de abril de 2003, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM le reconoció pensión de jubilación convencional en cuantía de $1.554.722, con base en lo definido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá y el Sindicato de base SINTRATELEFONES, que efectos de la liquidación la entidad aplicó una tasa de remplazo de 75% y dejo en suspenso el ingreso a nómina hasta que acreditara el retiro del servicio. Aduce que mediante Resolución N° 0404 del 8 de marzo de 2004, CAPRECOM reliquidó la pensión y definió la cuantía inicial en la suma de $1.908.992, que para definir este valor la entidad nuevamente tuvo en cuenta una tasa de remplazo del 75%; dice que posteriormente, el 13 de abril de 2009, solicitó a dicha entidad una nueva reliquidación de la pensión, que CAPRECOM con la Resolución N° 2506 del 2 de diciembre de 2010, nuevamente ajustó el valor de la primera mesada y lo definió en la suma de $2.043.189, teniendo en cuenta para el efecto el tiempo que le hacía falta para causar el derecho. Señala que sumado el tiempo servido a TELECOM completa un equivalente a 29 años, 9 meses y 25 días, que la convención colectiva, fuente del derecho pensional que le fue reconocido, define que el porcentaje aplicable a los trabajadores que tienen 25 años de servicio cumplidos, es del 100%. Finalmente informa que el 19 de julio de 2017 solicitó a la UGPP la reliquidación de su pensión convencional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP se opuso a la prosperidad de las

pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión convencional y los actos administrativos expedidos para reliquidar la prestación, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, imposibilidad de condena en costas y no pago de los intereses moratorios (fls. 93 a 100).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 17 de junio de 2020, condenó a la demandada a reliquidar la pensión convencional del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: CONDENAR** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reliquidar la pensión de jubilación del demandante DIEGO BERNAL DUQUE, teniendo como primera mesada pensional la suma de $3.242.310,55, a partir del 1° de abril de 2003, conforme a lo expuesto en esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a pagar al demandante las diferencias de las mesadas pensionales que resulten por concepto de reliquidación entre lo ya pagado y lo que realmente corresponde, a partir del 19 de julio de 2014 y hasta la fecha en que sea reajustada la mesada pensional, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago de acuerdo con la variación del IPC certificado por el DANE, conforme las consideraciones dadas en antelación. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda. **CUARTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción. **QUINTO:***

CONDENAR *en costas de esta instancia a la parte demandada señalándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el superior, dada la naturaleza jurídica de la demandada"*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la reliquidación de la pensión convencional del actor. Para resolverlo indicó que según lo define la Convención Colectiva de trabajo, el actor tiene derecho a que su pensión se liquide con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, que al realizar los cálculos incluyendo como factores devengados en el último año de servicios la bonificación de diciembre año 2002, prima anual año 2002, prima de saturación año 2003, prima de vacaciones año 2002, prima semestral año 2002 y prima de navidad año 2002, se obtiene una diferencia en la mesada pensional reconocida al actor y por ello ordenó a la demandada reliquidar la prestación convencional. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias generadas con anterioridad al 18 de julio de 2014.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que según criterio reiterado por la Corte Constitucional el IBL no forma parte del régimen de transición previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello el IBL de la pensión debe efectuarse en la forma definida en esta norma y por ello no procede la reliquidación reclamada. Agrega que la entidad no ha actuado de forma temeraria o de mala fe y por ello tampoco procede la condena en costas impuesta[1].

[1] *"Gracias señora juez me permito interponer recurso de apelación contra el fallo proferido en el proceso de la referencia, teniendo en cuenta que conforme al precedente preferente de la Corte Constitucional en sentencia C 258 de 2013, se fijó el criterio de interpretación para la liquidación de las pensiones del régimen de transición, conforme las reglas del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reglas ratificadas y que se extienden a todas las pensiones reguladas por el régimen de transición, según la sentencia T - 078 de 2014, igualmente la Corte ratifica y señala que la manera de interpretar el régimen de*

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la pensión del actor debe liquidarse en la forma prevista en la convención colectiva de trabajo. La apoderada de la parte demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de la UGPP.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la reliquidación de la pensión convencional del actor.

VII. CONSIDERACIONES

---

transición es respetando los conceptos de edad, tiempo de servicio y monto, entendido como tasa de remplazo del régimen anterior sin que esté incluida en la transición el IBL, por esta razón mi representada debe continuar reliquidando las pensiones de este régimen, de conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 que establece el modo para calcular el ingreso para aquellos beneficiarios de tránsito normativo, igualmente el incido tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C – 168 de 1995 y desconocerlo vulneraría el principio de constitucionalidad, así mismo es conveniente anotar que la sección 5 del Consejo de Estado mediante fallo de tutela ha manifestado "la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2015 que hizo extensiva en la SU-30 de 2015, consiste en que el IBL no era un aspecto sujeto a transición, por tanto existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Así las cosas y como quiera que no es procedente acceder a la pretensión principal, las demás pierden sustento porque se invierte la prosperidad de la pretensión inicial. En el presente asunto mi representada no incurrió en conductas dilatorias, temerarias o de mala fe y ya que solo se limitó a ejercer su derecho a la defensa, por lo que no debe ser merecedora de la condena en costas impuesta, en ese orden de ideas con el cierre de los argumentos aquí expuestos elevo mi respetuosa solicitud para que sea concedido ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral y se revoque la sentencia en los términos expuestos"

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante prestó servicios a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM desde el 18 de septiembre de 1975 hasta el 31 de mayo de 2003 (fl. 33); ***ii)*** que mediante Resolución N° 00773 del 3 de abril de 2003, CAPRECOM reconoció una pensión convencional al demandante en cuantía inicial de $1.554.722 (fls. 21 a 23); ***iii)*** que mediante Resolución N° 404 del 8 de marzo de 2004, CAPRECOM reliquidó la pensión del demandante y definió el valor de la primera mesada en la suma de $1.908.992 (fls. 24 a 27); ***iv)*** que mediante Resolución N° 2506 del 2 de diciembre de 2010, CAPRECOM reliquidó la pensión del actor y definió que su pensión convencional debía liquidarse teniendo en cuenta como IBL el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (fls. 28 a 31).

- **Sobre la Reliquidación de la Pensión Convencional.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio conviene precisar que la convención colectiva de trabajo conforme el artículo 467 del CST y el artículo 46 de la Ley 6 de 1945, para el caso de los trabajadores oficiales, corresponde al acuerdo celebrado entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno o más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

Al efecto, el artículo 469 del CST establece que la convención debe celebrarse por escrito y debe ser depositada necesariamente ante el Ministerio de Trabajo a más tardar dentro de los 15 días siguientes al de su firma so pena de no producir efectos. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la carencia de la nota de depósito impide asignar efectos jurídicos a la convención colectiva de trabajo aportada a

juicio, salvo que no exista controversia entre las partes relativa a su validez, tal y como señaló en las sentencias de Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL3398 de 2018 y SL4792 de 2019, entre otras.

Por otra parte, esa misma Corporación ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a fijar su sentido y alcance en virtud de su libertad de negociación, sin embargo, cuando se somete la convención a apreciación judicial, la misma debe ser considerada como una prueba y, por ende, el Juez laboral podrá apreciarla conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPT y de la SS a fin de establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio se advierte que el demandante solicita la reliquidación de la pensión convencional, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios y aplicando al efecto una tasa de remplazo correspondiente al 100%, forma de liquidación que aduce está prevista en la cláusula tercera de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA y SINTRATELEFONOS y ATELCA; aunque el actor no refiere la convención aplicable a su situación pensional, deduce la Sala del texto convencional que obra de folios 55 a 78 que se refiere a la vigente para la anualidad 1992-1993.

Ahora bien, al revisar en detalle y en conjunto el contenido de las Resoluciones N° 0773 del 3 de abril de 2003, 0404 del 8 de marzo de 2004, y 2506 del 2 de diciembre de 2010 (fls. 21 a 31), mediante las cuales se dispuso el reconocimiento y reliquidación de la pensión convencional del actor, y de la Resolución RDP 041164 del 31 de octubre de 2017, se advierte que si bien al actor le fue reconocida una pensión de carácter convencional por la Caja de Previsión Social

de Comunicaciones – CAPRECOM, lo cierto es que dicha prestación no se reconoció de acuerdo a lo definido en la convención colectiva de trabajo vigente entre 1992-1993, sino en aquella que se estableció para la vigencia 1994-1995 y la adenda a la convención colectiva de trabajo 1996-1997, pues así se deduce del contenido de la Resolución RDP 041164 del 31 de octubre de 2017.

Precisa la Sala, que las resoluciones expedidas por CAPRECOM que definieron el derecho pensional del actor, no establecen de manera específica que ésta última sea la convención aplicable a la situación particular del demandante, pero ello puede deducirse de la citada Resolución expedida por la UGPP y de la forma en que se liquidó la prestación en las resoluciones expedidas por CAPRECOM. Al efecto, resulta pertinente hacer referencia al contenido de la convención colectiva de trabajo vigente entre 1994-1995, que define en su artículo 27 (fl. 125 vto.) lo siguiente:

> *"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Pensiones de que trata la Ley 100 de 1993, tengan 35 años o más si son mujeres o 40 o más si son hombres, o 15 o más años de servicio, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello contado a partir de la vigencia de la precitada Ley, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE"*

Como se dijo en precedencia, la forma de liquidación establecida en la referida norma convencional, es la que tuvo en cuenta la entidad al momento de definir el valor de la pensión convencional del actor, por ello, y al no estar establecidó de manera clara que el texto convencional aplicable a la situación pensional del demanda sea el que se aduce en la demanda, es decir la convención vigente entre 1992-1993, no podía ordenarse la reliquidación de la prestación bajo los parámetros establecidos esta norma

convencional, menos aun cuando CAPRECOM desde el inicio estableció como forma de liquidación la establecida en la convención colectiva vigente entre 1994-1995 y no hay ningún acto administrativo u otro documento en el que se establezca lo contrario.

Por lo anterior, no resulta acertada la decisión de la juez de primera instancia que ordenó la reliquidación de la pensión de DIEGO BERNAL DUQUE con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es decir en la forma establecida en la convención colectiva de trabajo para la vigencia 1992-1993, pues como quedó visto, esta forma de liquidación no era la aplicable al demandante, en cuanto la norma convencional que definió su derecho pensional establecía una manera distinta de liquidación, que fue la que aplicó CAPRECOM en las resoluciones ya referidas para obtener en valor de la mesada pensional.

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia que ordenó la reliquidación reclamada y en su lugar se absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-009-2021

Radicado N° 28 2019 00313 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandada sobre la sentencia proferida el 20 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada a pagar la reliquidación de una pensión de vejez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ENRIQUE LOPEZ SOTO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años y aplicando una tasa de remplazo del 90% como lo define el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 4 de junio de 2014, junto con el pago retroactivo de las diferencias causadas

a partir de esta fecha, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 1° de julio de 1952, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía cotizadas 1112 semanas, que en el año 2003 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, momento para el cual ya tenía las 1000 semanas de cotización que exige el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 71 de 1988 para acceder a la pensión de vejez, que además conservó el régimen de transición en cuanto tenía más de 1216 semanas de cotización a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, que el 18 de enero de 2017, solicitó a PORVENIR su traslado a COLPENSIONES, que ante la negativa de COLPENSIONES de aceptar su traslado presentó acción de tutela contra estas entidades para obtener el traslado de régimen pensional, que mediante sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá el 16 de agosto de 2017, se tutelaron sus derechos y se ordenó su traslado a COLPENSIONES, que en cumplimiento de esta decisión, mediante oficio de fecha 30 de octubre de 2017 PORVENIR procedió a realizar el traslado de sus aportes, que el 9 de noviembre de 2017 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, que mediante Resolución SUB 61586 del 3 de marzo de 2018 COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión y al efecto omitió tener en cuenta las cotizaciones efectuadas por las Notarias 6, 9, 21 del Circulo de Bogotá y la Notaria única de Soacha, que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto administrativo anterior y finalmente mediante Resolución SUB 264879 del 9 de octubre de 2018 la demandada le reconoció la pensión de vejez a partir del 27 de marzo de 2018, bajo los lineamientos que define la Ley 797 de 2003. Aduce que COLPENSIONES no tuvo en cuenta su condición de beneficiario del régimen de transición y por ello interpuso recurso de apelación

contra la anterior decisión, el cual fue resuelto de manera desfavorable por la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la edad, las solicitudes presentadas y los actos administrativos proferidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, inexistencia del derecho, incompatibilidad de intereses moratorios e indexación, prescripción, cobro de lo no debido y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 262 a 266).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 20 de octubre de 2020, condenó a la demandada a pagar la reliquidación de una pensión de vejez. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"***PRIMERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de ENRIQUE LOPEZ SOTO identificado con CC. N° 19.169.362 la pensión de vejez, bajo los parámetros normativos del Decreto 758 de 1990, a partir del 9 de noviembre de 2014, teniendo como primera mesada pensional la suma de $1.141.966, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor ENRIQUE LOPEZ SOTO la suma de $6.478.066 por concepto de retroactivo pensional causado entre el día 9 de noviembre de 2014 al 26 de marzo de 2015.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor ENRIQUE LOPEZ SOTO la suma de $23.878.884 por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 9 de noviembre de 2014 al 30 de octubre de 2020 y las*

que se causen con posterioridad a la presente decisión. ***CUARTO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor ENRIQUE LOPEZ SOTO los intereses moratorios causados entre el 8 de marzo de 2018 y hasta la fecha en que se cancele la totalidad del retroactivo y el valor de las diferencias pensionales.* ***QUINTO: DECLARAR*** *probada la excepción de prescripción en relación a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2014.* ***SEXTO: ABSOLVER*** *a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en la demanda.* ***SEPTIMO: AUTORIZAR*** *a COLPENSIONES para que descuente el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Social en Salud.* ***OCTAVO: COSTAS*** *a cargo de la demandada y a favor de la parte actora, inclúyase como agencias en derecho la suma de $800.000.* ***NOVENO:*** *De no ser apelada la decisión consúltese con el superior".*

La Juez fijó el problema jurídico en definir si el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión que reclama bajo la aplicación del acuerdo 049 de 1990. Para resolverlo indicó que la acción de tutela que ordenó el traslado de régimen del actor definió en su parte considerativa que éste conservaría los beneficios del régimen de transición por contar con más de 15 años de cotizaciones a 1° de abril de 1994, por ello y al verificar que el actor cumple con los requisitos definidos en el Acuerdo 049 de 1990, para causar el derecho a la pensión, ordenó la reliquidación reclamada en el proceso y definió que el pago de la primera mesada procedía a partir del 1° de julio de 2014, fecha en que el actor realizó su última cotización al sistema. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2014.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revise en su integridad la sentencia de primera instancia para definir si se ajusta a derecho.

El apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que ordenó la reliquidación reclamada.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones de COLPENSIONES se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el actor tiene derecho a la reliquidación de su pensión, bajo los parámetros que define el Acuerdo 049 de 1990, en dado caso verificar el valor de la mesada pensional y establecer si es procedente la condena al pago de intereses moratorios.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: ***i)*** el demandante nació el 1° de julio de 1952 (fl. 27); ***ii)*** que mediante sentencia de tutela proferida por la Sala Laboral de esta Corporación el 16 de agosto de 2017, se ordenó el traslado del RAIS al RPM del actor y se definió que conservaba los beneficios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 83 a 93); ***iii)*** que mediante Resolución SUB 264879 del 9 de octubre de

2018 la demandada reconoció al actor una pensión de vejez a partir del 27 de marzo de 2015, en cuantía inicial de $914.266, con fundamento en lo definido en la Ley 797 de 2003, que para efectos de reconocer la prestación la demandada tuvo en cuenta un total de 1.424 semanas de cotización (fls. 220 a 228).

- **Reliquidación de la Pensión de Vejez**

Solicita el demandante la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta al efecto el Acuerdo 049 de 1990 por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular y previo a resolver sobre la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 a la situación pensional del actor, precisa la Sala, que no hay discusión en este proceso sobre su condición de beneficiario del régimen de transición, pues así lo definió la sentencia de tutela proferida por esta Corporación el 16 de agosto de 2017 (fls. 83 a 93) y ello se corrobora con la copia de la cédula de ciudadanía del demandante donde se advierte que a 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad (fl. 27) y con lo certificado en la Resolución SUB 264879 del 9 de octubre de 2018 expedida por COLPENSIONES (fls. 220 a 228), donde consta que a 1° de abril de 1994 el demandante contaba con 925.28 semanas y que al 25 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto legislativo 01 de 2005 tenía 1.028 semanas, por lo que es viable la aplicación de este régimen al actor hasta el año 2014.

Ahora bien, para resolver esta controversia debe la Sala definir la procedencia de acumular tiempos públicos no cotizados al ISS o laborados a entidades públicas al régimen pensional que define el Acuerdo 049 de 1990 y del cual reclama aplicación el actor.

Sobre el particular es pertinente señalar que la Corte Constitucional, en sentencia SU - 769 de 2014, señaló que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró un régimen de transición pensional para proteger las expectativas legitimas de adquirir la pensión de vejez según los regímenes pensionales derogados por dicha Ley, siendo uno de los regímenes derogados el que define el Acuerdo 049 de 1990 aprobado con el Decreto 758 de la misma anualidad, el cual exige 500 semanas cotizadas durante los 20 años anteriores a la edad mínima o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Indicó la Corte, que ciertos afiliados solicitaron considerar el tiempo laborado para entidades públicas a fin de cumplir con la densidad de semanas, acumulación que no aceptó el extinto ISS indicando que el Acuerdo se expidió para la regulación exclusiva de las prestaciones a cargo del Instituto sin contemplar la posibilidad de acumular semanas cotizadas a otras entidades, posición frente a la cual se opone otra interpretación que sostiene que el tenor literal del Acuerdo no estableció que las semanas deben ser cotizadas exclusivamente al ISS y que el régimen de transición no abarca las reglas de cómputo de semanas, las cuales se gobiernan según el literal f) del artículo 13 y literal b) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, normas que si permiten acumular tiempos privados públicos y privados, segunda posición que acogió la Alta Corporación en virtud del principio de favorabilidad laboral consagrado en el artículo 53 constitucional y el artículo 21 CST, ya que es menos restrictiva al derecho fundamental de la seguridad social, aun cuando se trate de tiempos laborados para Entidades Públicas sin cotización.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1947 de 2020 indicó que la posición jurisprudencial de la Corporación apuntó a la improcedencia de acumular los tiempos cotizados al ISS con tiempos de servicios públicos bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que dicha norma no previó expresamente

dicha posibilidad, sin embargo, en dicha providencia modificó el anterior precedente, por cuanto señaló que el régimen de transición protegió las expectativas legitimas de causar la pensión según los requisitos de edad, tiempo y monto consagrados en los regímenes anteriores, mientras que las demás condiciones fueron reguladas por la Ley 100 de 1993, por lo que la forma de computar las semanas es la consagrada en el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de dicha Ley, que contemplan expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, cambio de criterio que la Corporación estimó acorde al mandato de protección del derecho a la seguridad social.

El precitado cambio de postura jurisprudencial fue ratificado con la sentencia SL1981 de 2020, providencia en la cual la referida Corporación reiteró que el actual Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 privilegia el otorgar efectos a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados, siendo las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición parte del actual sistema pensional, por tanto, le aplican las normas de la Ley 100 de 1993 que ordenan la sumatoria de tiempos cotizados al ISS con tiempos servidos a entidades públicas aun cuando no fueron cotizados.

La novedosa postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada además en las sentencias SL2659 de 2020, SL2557 de 2020, SL2590 de 2020 y SL3110 de 2020, circunstancia que permite inferir que se consolidó como doctrina probable en los términos señalados en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

Teniendo en cuenta el anterior fundamento, concluye la Sala que el actor tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990, pues independientemente de que algunos de los aportes realizados durante su vida laboral se efectuaron al extinto CAJANAL (fl. 120), en aplicación del precedente citado es viable tener en cuenta dichos tiempos dentro del cómputo del número total de semanas que cotizó.

Así las cosas, se advierte de las pruebas aportadas que ENRIQUE LOPEZ SOTO cotizó válidamente un total de 1.424 semanas, mismo número de cotizaciones reconocido por la entidad demandada en la Resolución SUB 264879 del 9 de octubre de 2018 (fls. 220 a 228), y que cumplió 60 años de edad el 1° de julio de 2012 (fl. 27). Como el actor realizó su última cotización al sistema de pensiones el 31 de mayo de 2014, procede el pago de la prestación a partir del 1° de junio de 2014 (fl. 221).

Definido el derecho del actor al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990, pasa la Sala a definir el IBL que corresponde, teniendo en cuenta al efecto los documentos que obran a folios 43, 44 y 129 a 131 que contienen los salarios base de cotización de los últimos 10 años, así mismo se precisa que al IBL aquí definido se aplicará una tasa de remplazo del 90%, porcentaje que corresponde a la situación pensional del demandante en los términos que define el parágrafo segundo del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Hechas las operaciones aritméticas correspondientes, que constan en el siguiente cuadro, al actor le correspondía para el año 2014 una mesada pensional equivalente a $1.142.112.

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1993	Febrero	30	$ 4.650	17,40	113,98	6,5526	$ 30.469	$ 914.085
1993	Marzo	30	$ 4.650	17,40	113,98	6,5526	$ 30.469	$ 914.085

1993	Abril	30	$ 4.650	17,40	113,98	6,5526	$ 30.469	$ 914.085
2003	Julio	30	$ 677.000	71,40	113,98	1,5965	$ 1.080.833	$ 32.424.976
2003	Agosto	30	$ 700.000	71,40	113,98	1,5965	$ 1.117.552	$ 33.526.563
2003	Septiembre	30	$ 700.000	71,40	113,98	1,5965	$ 1.117.552	$ 33.526.563
2003	Octubre	30	$ 700.000	71,40	113,98	1,5965	$ 1.117.552	$ 33.526.563
2003	Noviembre	30	$ 700.000	71,40	113,98	1,5965	$ 1.117.552	$ 33.526.563
2003	Diciembre	30	$ 700.000	71,40	113,98	1,5965	$ 1.117.552	$ 33.526.563
2004	Enero	30	$ 700.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.049.437	$ 31.483.108
2004	Febrero	30	$ 700.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.049.437	$ 31.483.108
2004	Marzo	30	$ 700.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.049.437	$ 31.483.108
2004	Abril	30	$ 700.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.049.437	$ 31.483.108
2004	Mayo	30	$ 900.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.349.276	$ 40.478.282
2004	Junio	30	$ 900.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.349.276	$ 40.478.282
2004	Julio	30	$ 920.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.379.260	$ 41.377.800
2004	Agosto	30	$ 920.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.379.260	$ 41.377.800
2004	Septiembre	30	$ 920.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.379.260	$ 41.377.800
2004	Octubre	30	$ 920.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.379.260	$ 41.377.800
2004	Noviembre	30	$ 920.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.379.260	$ 41.377.800
2004	Diciembre	30	$ 920.000	76,03	113,98	1,4992	$ 1.379.260	$ 41.377.800
2005	Enero	30	$ 920.000	80,21	113,98	1,4211	$ 1.307.386	$ 39.221.583
2005	Febrero	30	$ 920.000	80,21	113,98	1,4211	$ 1.307.386	$ 39.221.583
2005	Marzo	30	$ 920.000	80,21	113,98	1,4211	$ 1.307.386	$ 39.221.583
2005	Abril	30	$ 920.000	80,21	113,98	1,4211	$ 1.307.386	$ 39.221.583
2005	Mayo	30	$ 920.000	80,21	113,98	1,4211	$ 1.307.386	$ 39.221.583
2005	Junio	30	$ 920.000	80,21	113,98	1,4211	$ 1.307.386	$ 39.221.583
2006	Septiembre	30	$ 1.000.000	84,10	113,98	1,3553	$ 1.355.275	$ 40.658.239
2006	Octubre	30	$ 1.000.000	84,10	113,98	1,3553	$ 1.355.275	$ 40.658.239
2006	Noviembre	30	$ 1.000.000	84,10	113,98	1,3553	$ 1.355.275	$ 40.658.239
2006	Diciembre	30	$ 1.000.000	84,10	113,98	1,3553	$ 1.355.275	$ 40.658.239
2007	Enero	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Febrero	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Marzo	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Abril	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Mayo	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Junio	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Julio	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Agosto	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Septiembre	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Octubre	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Noviembre	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2007	Diciembre	30	$ 1.000.000	87,87	113,98	1,2972	$ 1.297.188	$ 38.915.633
2008	Enero	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Febrero	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Marzo	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Abril	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Mayo	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Junio	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Julio	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Agosto	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Septiembre	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Octubre	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Noviembre	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2008	Diciembre	30	$ 1.000.000	92,87	113,98	1,2273	$ 1.227.304	$ 36.819.126
2009	Enero	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Febrero	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Marzo	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Abril	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Mayo	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Junio	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Julio	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Agosto	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Septiembre	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Octubre	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Noviembre	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2009	Diciembre	30	$ 1.000.000	100,00	113,98	1,1398	$ 1.139.825	$ 34.194.762
2010	Enero	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682

2010	Febrero	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Marzo	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Abril	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Mayo	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Junio	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Julio	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Agosto	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Septiembre	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Octubre	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Noviembre	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2010	Diciembre	30	$ 1.000.000	102,00	113,98	1,1175	$ 1.117.456	$ 33.523.682
2011	Enero	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Febrero	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Marzo	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Abril	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Mayo	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Junio	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Julio	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Agosto	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Septiembre	30	$ 1.000.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.083.108	$ 32.493.250
2011	Octubre	30	$ 983.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.064.695	$ 31.940.864
2011	Noviembre	30	$ 1.500.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.624.662	$ 48.739.875
2011	Diciembre	30	$ 1.500.000	105,24	113,98	1,0831	$ 1.624.662	$ 48.739.875
2012	Enero	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Febrero	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Marzo	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Abril	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Mayo	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Junio	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Julio	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Agosto	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Septiembre	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Octubre	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Noviembre	30	$ 1.500.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.566.305	$ 46.989.158
2012	Diciembre	30	$ 1.560.000	109,16	113,98	1,0442	$ 1.628.957	$ 48.868.724
2013	Enero	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Febrero	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Marzo	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Abril	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Mayo	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Junio	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Julio	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Agosto	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Septiembre	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Octubre	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Noviembre	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2013	Diciembre	30	$ 1.560.000	111,82	113,98	1,0194	$ 1.590.230	$ 47.706.896
2014	Enero	30	$ 1.560.000	113,98	113,98	1,0000	$ 1.560.000	$ 46.800.000
2014	Febrero	30	$ 1.630.000	113,98	113,98	1,0000	$ 1.630.000	$ 48.900.000
2014	Marzo	30	$ 1.630.000	113,98	113,98	1,0000	$ 1.630.000	$ 48.900.000
2014	Abril	30	$ 1.630.000	113,98	113,98	1,0000	$ 1.630.000	$ 48.900.000
2014	Mayo	30	$ 1.250.000	113,98	113,98	1,0000	$ 1.250.000	$ 37.500.000

TOTAL DÍAS : 3.600

TOTAL SALARIO DEVENGADO : $4.568.448.809

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN
(TOTAL SALARIO DEVENGADO /
TOTAL DÍAS TRABAJADOS) : $1.269.014

MONTO : 90%

VALOR MESADA PENSIONAL (AÑO 2015): $ 1.142.112

Como el valor de la mesada aquí definido es levemente superior al que tasó la juez de primera instancia, se confirmará en lo pertinente su decisión para no agravar el interés de la entidad demandada a quien se le concedió el grado jurisdiccional de consulta.

Ahora bien, como el demandante solicitó el reconocimiento de la prestación a la entidad demandada el día 9 de noviembre de 2017 (fl. 151), la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 9 de noviembre de 2014, por haber transcurrido el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.

Ahora revisará la Sala las operaciones realizadas en primera instancia para definir el valor del retroactivo de las mesadas y de las diferencias, para el efecto el Tribunal tasó el valor de la mesada año por año, tomando la suma definida por la juez para el año 2014.

MESADA DEFINIDA EN PRIMERA INSTANCIA		
AÑO	MESADA	INCREMENTO ANUAL
2014	$ 1.141.966	3,66
2015	$ 1.183.762	6,77
2016	$ 1.263.903	5,75
2017	$ 1.336.577	4,09
2018	$ 1.391.243	3,18
2019	$ 1.435.485	3,8
2020	$ 1.479.697	

MESADA COLPENSIONES		
AÑO	MESADA	INCREMENTO ANUAL
2015	$ 914.266	6,77
2016	$ 976.162	5,75
2017	$ 1.032.291	4,09
2018	$ 1.074.512	3,18
2019	$ 1.108.681	3,8
2020	$ 1.142.829	

RETROACTIVO PENSIONAL 9 NOVIEMBRE DE 2014 AL 26 MARZO 2015			
AÑO	**N° DE MESADAS POR AÑO**	**MESADA**	**TOTAL RETROACTIVO POR AÑO**
2014	1 mesada + fracción noviembre y adicional de diciembre	$ 1.141.966	$ 3.083.308
2015	2 mesadas + fracción de marzo	$ 1.183.762	$ 3.393.451
		TOTAL RETROACTIVO	**$ 6.476.759**

RETROACTIVO DIFERENCIAS MESADAS PENSIONALES				
AÑO	**MESADA RECONOCIDA**	**MESADA COLPENSIONES**	**DIFERENCIA**	**TOTAL DIFERENCIA POR AÑO**
2015 (diferencia por 10 mesadas + fracción de marzo)	$ 1.183.762	$ 914.266	$ 269.496	$ 2.730.892
2016 (diferencia por 13 mesadas)	$ 1.263.903	$ 976.162	$ 287.741	$ 3.740.633
2017 (diferencia por 13 mesadas)	$ 1.336.577	$ 1.032.291	$ 304.286	$ 3.955.718
2018 (diferencia por 13 mesadas)	$ 1.391.243	$ 1.074.512	$ 316.731	$ 4.117.503
2019 (diferencia por 13 mesadas)	$ 1.435.485	$ 1.108.681	$ 326.804	$ 4.248.452
2020 (diferencia por 13 mesadas)	$ 1.479.697	$ 1.142.829	$ 336.868	$ 3.368.680
			TOTAL	**$ 22.161.878**

Teniendo en cuenta las operaciones aritméticas que preceden, la Sala modificará el numeral segundo de la sentencia, en cuanto el retroactivo pensional causado entre el 9 de noviembre de 2014 y el 26 de marzo de 2015 aquí liquidado, resulta levemente inferior al que tasó la juez de primera instancia y por ello se definirá que la suma a cancelar por este concepto corresponde a $6.476.759.

También se modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en cuanto definió que el retroactivo de las diferencias pensionales procedía desde el 9 de noviembre de 2014, cuando éstas solo deben ser canceladas a partir del 27 de marzo de 2015, pues las causadas con anterioridad se encuentran tasadas dentro de la liquidación del retroactivo pensional que se estableció en precedencia. Por ello, se definirá que el valor del retroactivo de las diferencias causadas entre el 27 de marzo de 2015 y el 30 de

octubre de 2020 (mes en que se profirió la sentencia de primera instancia y aquella que tuvo en cuenta la juez para realizar la liquidación), corresponde a la suma de $22.161.878 y se condenará además al pago de las diferencias que se causen con posterioridad a esta fecha y hasta el momento en que la entidad realice el reajuste respectivo.

- **Intereses Moratorios**

Al efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, por la mora en el pago de las mesadas pensionales a sus afiliados. Por su parte, el artículo 9[1] de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994[2], establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Así las cosas y atendiendo las condiciones específicas del caso bajo estudio, considera la Sala que no se causa el derecho a los intereses moratorios que reclama el demandante, pues aun cuando no hay duda de que éste era beneficiario del régimen de transición, el reconocimiento y liquidación de la prestación bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990, se hizo en aplicación del criterio jurisprudencial que permite la acumulación de tiempos públicos y privados cotizados o no cotizados al extinto Instituto de Seguros Sociales. Por ello, a juicio del Tribunal no resulta procedente imponer condena por este concepto a la demandada y en consecuencia se revocará el numeral cuarto de la sentencia.

---

[1] "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte"

[2] Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

En subsidio la Sala reconocerá la indexación de las mesadas y de las diferencias causadas, pues ello resulta procedente por el tiempo transcurrido entre la fecha en que debía iniciarse el pago de cada una de las mesadas y aquella en que efectivamente se realice, por ello se ordenará a la demandada el pago de la indexación de las mesadas causadas hasta la fecha en que se realice su pago, se deberá tener en cuenta para el efecto la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, para definir que el retroactivo pensional causado entre 9 de noviembre de 2014 y el 26 de marzo de 2015, corresponde a la suma de $6.476.759, la cual deberá pagarse debidamente indexada, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de definir que la demandada deberá pagar al demandante la suma de $22.161.878 por concepto de diferencias causadas entre el 27 de marzo de 2015 y el 30 de octubre de 2020, y además deberá pagar las que se

causen con posterioridad hasta la fecha en que realice el reajuste ordenado, las anteriores sumas de dinero deberá cancelarlas debidamente indexadas, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia y en su lugar ABSOLVER a la demandada del pago de intereses moratorios.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0183-2021

Radicado N° 33 2013 00427 03

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE ALEJANDRO GONZALEZ DIAZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ECOPETROL S.A.** Solicita que se declare la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo suscrito el 17 de noviembre de 1987, un contrato de trabajo a término fijo suscrito el 9 de noviembre de 1988 y un contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 16 de mayo de 1989. Pide además que se declaren ineficaces las adendas del 18

de diciembre de 2007 y el 24 de junio de 2008, expedidas por la Dirección de Relaciones Laborales y la Vicepresidencia de Talento Humano de ECOPETROL. Como consecuencia de las anteriores declaraciones pide que se condene a la demandada a reliquidar el auxilio de cesantía con retroactividad, los intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y primas convencionales de todo el tiempo laborado, teniendo en cuenta para el efecto las sumas de dinero pagadas por la demandada por concepto de estímulo al ahorro económico mensual, pide además que se reliquide el valor de las mesadas pensionales, indemnización moratoria, intereses moratorios y costas del proceso.

Subsidiariamente solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de noviembre de 1987 y que la demandada no efectuó los aumentos y ajustes sobre el salario básico mensual a que tenía derecho en igualdad de condiciones con los trabajadores no jubilables, de acuerdo con las políticas de compensación de ECOPETROL. En consecuencia pide que se condene a la demandada a reliquidar las prestaciones sociales legales y extralegales, las vacaciones y mesadas pensionales devengadas, indemnización moratoria, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que ingresó a trabajar al servicio de ECOPETROL el 17 de noviembre de 1987 a través de un contrato de trabajo a término fijo; que posteriormente, el 9 de noviembre de 1988, celebró un nuevo contrato de trabajo a término fijo, y finalmente el 16 de mayo de 1989 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido. Dice que se adhirió al Acuerdo 01 de 1977, aplicable al personal directivo, técnico y de confianza de la demandada desde el inicio de la relación laboral y que renunció a éste el 2 de junio de 2005; manifestó que el 3 de junio de 2005 se acogió a la Convención Colectiva de Trabajo, de la cual se benefició

hasta el 3 de mayo de 2009, fecha en que terminó el contrato de trabajo por el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Refirió que se encontraba cobijado por el régimen exceptuado de pensiones establecido para el personal convencional de ECOPETROL denominado plan 70, que el plan 70 establecía unos requisitos pensionales especiales para los trabajadores y que por cumplir dichos requisitos le fue reconocida pensión de jubilación a partir del 4 de mayo de 2009; que mediante comunicación del 8 de junio de 2009, ECOPETROL le liquidó la pensión en la suma inicial de $5.030.256. Aduce que la Junta Directiva de Ecopetrol mediante Acta 075 del 5 de octubre de 2007, aprobó por unanimidad los lineamientos generales que fundamentaron la nueva política de compensación de ECOPETROL; que dentro de esa política de compensación no se estableció que las compensaciones fijas y variables no tendrían incidencia salarial; que el 18 de diciembre de 2007, la demandada le comunicó que se le había aprobado un Estímulo al Ahorro económico mensual a través de aportes voluntarios que realizaría la empresa a la AFP de su elección por una suma inicial de $1.730.000; que para el recibo de este beneficio la demandada le impuso la obligación de firmar una cláusula de no incidencia salarial modificatoria del contrato de trabajo; que para efectos de recibir dicho beneficio abrió una cuenta de pensiones voluntarias en la AFP PROTECCIÓN; que el 24 de junio de 2008, la demandada le informó que le había sido aprobado un estímulo al ahorro mensual de $2.039.600 y para recibirlo se le impuso la misma obligación de firmar un cláusula de no incidencia salarial; que en cumplimiento de las condiciones establecidas en el anexo 3 de la versión 04 ECP-DLD-D-01 no se le incrementó su salario básico, que de acuerdo a la versión 5 de la política de compensación ECP-VTH-D-001 de octubre de 2008, se definió la compensación fija como todo aquello a lo que común o regularmente se reconoce al trabajador por la prestación del servicio.

Aduce que el estímulo al ahorro económico mensual hace parte de la estructura salarial como retribución directa del servicio que prestaba a ECOPETROL, que el salario básico que percibía para el 18 de diciembre de 2007, correspondía a la suma de $4.470.920 y $1.730.000 por concepto de estímulo al ahorro, que para el 24 de junio de 2008 devengó la suma de $4.778.966 y $2.039.600 por concepto de estímulo al ahorro, que para la terminación del contrato, ocurrida el 3 de mayo de 2009 devengaba la suma de $4.778.966 más $2.108.500 por estímulo al ahorro. Dice que perteneció al régimen tradicional de auxilio de cesantías y no renunció a la retroactividad, que era beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la USO y ECOPETROL para la vigencia 2006-2009, que el 15 de junio de 2011 solicitó a ECOPETROL la reliquidación de sus prestaciones teniendo en cuenta como factor salarial el estímulo al ahorro.

Las pretensiones subsidiarias de la demanda las fundamentó en que ECOPETROL efectuó incrementos generales anuales a los trabajadores de la empresa de conformidad con el IPC, que fue excluido de dichos ajustes salariales, que la señora LILIA MARIA SAAVEDRA LEIVA, quien desempeñaba un cargo similar y las mismas funciones tenía un salario básico de $6.674.000 para febrero de 2009, que para ese mismo momento su salario correspondía a la suma de $4.778.966, valor inferior al que devengada la citada señora, que el salario promedio del último año tenido en cuenta por la demandada para definir el valor de la primera mesada pensional fue de $6.543.422, que la demandada debió tener en cuenta al efecto el valor de la prima convencional, prima de vacaciones y prima de antigüedad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ECOPETROL S.A. Aceptó las declaraciones relacionadas con la existencia de la relación laboral y se opuso a la prosperidad de las

demás pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, la prestación extralegal recibida por el actor y la condición de pensionado, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y buena fe (fls. 238 a 249).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de febrero de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a ECOPETROL de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JOSÉ ALEJANDRO GONZÁLEZ DÍAZ, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia del derecho, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. **TERCERO: COSTAS** de esta instancia por parte del demandante, como agencias en derecho se señala un salario mínimo legal mensual vigente. **CUARTO: CONSULTA** Si esta providencia no es apelada por la parte demandante era remitirse en el grado jurisdiccional de consulta ante general superior del artículo 69 del Código de Procedimiento de Trabajo y Seguridad Social".*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la suma extralegal que recibía el demandante por concepto de estímulo al ahorro debía ser considerado como salario y en dado caso si es procedente la reliquidación de salarios y de la mesada pensional que reclama. Para resolverlo indicó que de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo devengado por el actor por concepto de estímulo al ahorro no puede ser considerado como salario, pues este valor no fue otorgado al trabajador como una contra prestación directa del

servicio, sino con la finalidad de mejorar su futuro derecho pensional y por ello la cláusula de exclusión salarial suscrita es válida.

Finalmente sobre la pretensión subsidiaria relacionada con la indemnización por despido sin justa causa, señaló que la demandada acreditó que la terminación del contrato se dio por finalización de la obra o labor contratada, por lo que no encontró razones para condenar al pago de esta indemnización. Señaló que tampoco procede la nivelación salarial solicitada en cuanto no se probaron los presupuestos del principio trabajo igual salario igual.

Sobre las pretensiones subsidiarias, consideró que en el caso bajo estudio no se vulnera el derecho a la igualdad, pues si bien la demandada estableció diferentes políticas de compensación laboral entre sus trabajadores, ello se dio porque cada uno de ellos pertenecía a regímenes prestacionales distintos, y ello justifica las diferencias salariales establecidas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que las pruebas del expediente acreditan que el concepto denominado estímulo al ahorro, se entregaba como contraprestación directa del servicio prestado y se recibía de manera sucesiva y continua y por ello el pacto de exclusión salarial carece de validez. Aduce, refiriéndose a la pretensión subsidiaria que la prueba pericial aportada al proceso demuestra de manera clara la diferencia salarial y vulneración del derecho a la igualdad que existía entre el actor y otras personas que desempeñaban el mismo cargo, único aspecto que le correspondía probar, pues la objetividad de las condiciones diferenciadoras le correspondía probarlas a la

demandada y como ello no ocurrió, es procedente de manera subsidiaria atender la prosperidad de esta pretensión[1].

---

[1] *Su señoría, muchas gracias, en nombre de mi representado y con ocasión de la sentencia que se acaba proferir en esta audiencia me permito interponer recurso de apelación contra la misma, sirviendo como fundamento los para tal efecto los siguientes; básicamente el fundamento central para proferir esta sentencia absolutoria en favor de Ecopetrol se hace consistir en diferentes fallos jurisprudenciales que se han citado proferidas por la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, si tantos de cada una de ellas, pero básicamente el argumento tanto de la Corte como lo que se ha dejado entrever dentro de este mismo fallo se hace consistir en el hecho de que dentro del proceso se probó se acreditó que entre la empresa demandada Ecopetrol S.A., el demandado, el señor José Alejandro González Díaz suscribió otro sí al contrato dentro del cual se establece el estímulo al ahorro como una suma de dinero reconocida por mera liberalidad al trabajador, la cual no constituiría efectos o no tendría en cuenta para efectos salariales por ningún aspecto, entonces, ese viene siendo el argumento principal para desechar o para despachar favorablemente tanto las pretensiones principales como las pretensiones subsidiarias, he tenido oportunidad de darle lectura a cada una de estas sentencias que se han proferido en su gran mayoría por la sala de descongestión de la sala laboral de la Corte Suprema dentro de las cuales pues obviamente ha sido el argumento, pero yendo un poco más a fondo el proceso como tal en ninguno de esos procesos se ha traído el acervo probatorio que se arrimó en esta oportunidad al proceso y que si se hubieran valorado, se hubieran tenido en cuenta pues posiblemente se hubiera podido advertir un fallo en otro sentido, comienzo por indicar que la política de compensación que se emitió en Ecopetrol surge con ocasión de la expedición del Acta 075 del 5 de octubre del 2007 de la honorable Junta directiva de Ecopetrol S.A. dentro de la cual después de haber escuchado una serie de posiciones y análisis entre ellos de la firma Group llegaron a un diagnóstico y pudieron establecer con toda claridad cómo la paga que estaba recibiendo los trabajadores de Ecopetrol al interior comparado con el mercado petrolero interno y el internacional no daba, estaba muy por debajo de la media de dichos sectores, razón por la cual la Junta directiva de esa acta 075 entró a reglamentar 3 aspectos a saber el primero en cuanto a la compensación fija de manera clara determinó y aprobó por unanimidad aplicación progresiva y trimestral soportada en la devaluación del cargo con un máximo aumento inicial del 30% o sea esto operaba para todo tipo de trabajadores y ello se vino a corroborar o a confirmar con la manifestación hecha por la representante legal en diligencia de interrogatorio de parte tienen respuesta a la pregunta número 8 se le formuló lo siguiente "dígale al despacho como es cierto sí o no que la Junta directiva de Ecopetrol es pedir el acta 075 del 7 de octubre del 2007 respecto de la nueva política de compensación de Ecopetrol excluyendo los ajustes a las salariales para el personal de trabajadores que estaba próximo jubilarse al 31 de julio del 2010" la respuesta de la representante fue "no es cierto La Junta directiva no excluye a ningún grupo de trabajadores de la Junta directiva lo que hizo en su momento fue definir características caracteriza a cada uno de los grupos de trabajadores que existía el interior de la compañía y aplicaron unas condiciones de esa política consideraciones esas condiciones laborales particulares que tenía cada uno de los grupos", entonces teniendo en cuenta la aprobación y efectivamente en su lectura en ninguno de sus apartes aparece que en cuanto a la compensación fija que como bien definida se encuentra dentro de las versiones 4, 5 y 6 que obran también en el expediente que fueron objeto de los alegatos respectivos en cada una de ellas está definida luego ese mandato de la Junta directiva bajo ningún punto de vista se cumplió no hubo ese aumento inicial del 30% como compensación fija, el personal de alto riesgo y previo ajuste de persona a cargo serán definidos por el comité de movilidad horizontal promoción de ascenso otro punto importante allí se aprobó fue con respecto a la compensación variable, pero se determinó que había que ampliar, pero como el tema central dentro de este dentro de este proceso va a girar sobre el tema de la compensación fija miremos como en acta 075 la Junta directiva así lo determinó, ya en lo que tiene que ver con las versiones para hacer específico en cuanto al tema de la de la versión número 5 que esa fue de octubre del año 2008 determinó y en su objeto de manera clara estableció que el objeto de cada una de estas versiones se radicaba en establecer o en desarrollar la materia en materia de compensación fija y compensación fija como en su momento también se dijo corresponde a lo que como una regularmente se reconoce al trabajador por la prestación del servicio allí tanto en la versión 5 como en la versión 6 está perfectamente probado que cuando se habla de compensación hace referencia a lo que el trabajador devenga como contraprestación directa de su servicio igualmente se indicó como el estímulo ahorro hacía parte de la estructura salarial o hace parte de la estructura salarial y se indicó que estructura salarial es todo lo que hace parte*

o corresponde al salario igualmente en materia de compensación y en el numeral 5.1 tanto la versión 5 como la versión 6 tiene establecida esta circunstancia eh ahora también dentro del proceso se encuentra debidamente acreditado como bueno se tiene en cuenta como al demandante no se le hizo ninguna clase de ajuste a su salario durante el período comprendido entre el 2007 al 2009 fecha en la que se retiró y adquirió su derecho a la pensión de jubilación y ello sea se prueba y se demuestra con el dictamen pericial proferido dentro de este asunto cuando la perito hace referencia a respuesta por el mismo Ecopetrol en el sentido de que revisado la documentación o el archivo al interior de Ecopetrol se pudo constatar cómo al demandante señor José Alejandro González Díaz no se le hizo ajustes a su salario básico en las versiones requeridas entonces eso hace parte de la página 0036 del dictamen pericial donde textualmente se respondió y se transcribió una vez realizadas las verificaciones documentales del expediente laboral de don José Alejandro González no se evidenciaron soportes que refieran a los ajustes al salario básico en las versiones requeridas y las versiones requeridas fueron las 4, 5 y 6 este soporte como tal obra dentro de los anexos que fueron allegados por parte de ecopetrol y presentados por él por el perito dentro de su trabajo su dictamen pericial tenemos adicionalmente que también se encuentra aprobado dentro del proceso que al demandante señor José Alejandro González Díaz se le efectuó una promoción y esa promoción de por sí conllevaba un incremento en su salario básico igual o equivalente al 10% que de acuerdo a la respuesta anterior tampoco se evidencia no fue presentado y ello es a través de la comunicación del 24 de junio del 2008 se le comunicó una promoción al cargo de profesional 1 el cual de acuerdo con la política de compensación y las directrices de la Junta directiva 075 de 2007 debía efectuarse un incremento al salario básico no inferior al 10% del salario básico cómo se llama el muchacho con la documentación allegada por Ecopetrol y que de acuerdo con el dictamen no se le efectuó incremento alguno, otra otro aspecto importante a tener el que se debió haber tenido en cuenta es el diagnóstico de group el diagnóstico de grupo es un anexo del acta 075 del 5 de octubre del año 2007 y fue quien informó a la Junta directiva que los salarios o la paga final los empleados de Ecopetrol no eran competitivos con el mercado petrolero y así las cosas impedían retener al personal de Ecopetrol, lo que forzó establecer una nueva política de compensación fija se reitera la Junta directiva de Ecopetrol jamás ordenó establecido que con respecto a trabajadores próximos a pensionarse se debía establecer una política discriminatoria con relación a los empleados no próximos a pensionarse y tal como se dijo la respuesta que adujo la representante legal en su interrogatorio de parte así se verifica no solamente en su lectura, sino también por la manifestación de la representante legal ahora en sentencia de la Corte Constitucional dentro de la acción de tutela contra providencias judiciales expediente T3511909 magistrado ponente honesto Vargas Silva del 29 de noviembre del 2012 en la sala octava de revisión de la corte constitucional se estableció con perfecta claridad o dejó sentada cuál era la posición referente al tema de la regularización o desalarización dice de manera breve conforme a lo dicho por la sala encuentra que el argumento central que utilizó la sala de convenciones sala Tribunal para negar las pretensiones del actual se reduce a que el expediente existe un pacto expreso que estableció que los gastos no eran salario este acuerdo con el resultado de aplicación de facultades conferidas a los extremos de la relación laboral ahora en cuanto al artículo 127 y 128 de la sala estima que una de las formas que configure el defecto sustantivo por interpretación acaece cuando la hermenéutica otorgada a la disposición legal es razonable, pero contraviene algún contenido constitucional aparejando las vulneraciones conocimiento de derechos fundamentales esta corporación señaló que el entendimiento adecuado y constitucional del artículo 128 corresponde a que; primero, establece las sumas que no son salario entre ellas los pactos de regularización salarial. Segundo, partes tienen autonomía para estimular los pagos extra procesales que se cansa de forma habitual estos acuerdos serán válidos además de eficaces siempre y cuando ese rubro no tenga connotación salarial. El juez laboral debe evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es remuneración del trabajador o servicio prestado para la corte el juez colegiado concedió una indebida interpretación del artículo 128 del código de sustantivo del trabajo dado que otorgó un entendimiento posible a dicha disposición legal en, pero dicha comprensión desconoció el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y los derechos irrenunciables del señor Manuel Eduardo fuentes Becerra de ser No obstante esta hermenéutica es contraria a la causa política, ya que afecta a las normas constitucionales con las cuales debe acompasarse ello es el resultado de la aplicación del principio interpretación conforme a la corte constitucional bajo el cual para el cual todo análisis de un precepto normativo debe realizarse en armonía con los parámetros superiores sentencia 521 de 1995 advirtió el acuerdo de exclusión salarial no pueden servir de excusa para y bien vulneran los derechos irrenunciables de los trabajadores de otra parte pregunto cuántos estímulos al ahorro pueden existir en una relación laboral, acaso en tratándose

del estímulo del ahorro el patrono del empleador efectuar un aporte igual o superior al efectuado por el trabajador se supone que si hay un estímulo al ahorro la empresa también debió haber hecho un aporte en el mismo sentido, pero con gran sorpresa tenemos que ya existía un estímulo al ahorro anterior de Ecopetrol lo podemos observar el numeral 4.12 que se denominó plan de ahorro donde Ecopetrol aporta una suma igual al aporte del trabajador el cual no podía ser superior al 3% del salario básico el cual no constituye salario y en otra parte el caso es un géminis un contratista de Ecopetrol donde estaba haciendo, ejerciendo la misma política con sus trabajadores, pero a través del memorando que obran dentro de este expediente del 5 de junio del 2008 durante a folios 245248 se le había indicado a su géminis sobre esa imposibilidad de pactar acuerdos de salario donde se desalarizaba bajo el amparo del artículo 128 ello se tradujo en una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia dentro de este asunto donde efectivamente su posición e amparo al trabajador desatendió totalmente el tema del pacto desalarización otro punto también que es importante tener en cuenta es como el demandante señor José Alejandro González Díaz al igual que muchos de los trabajadores que se van a pensionar en la fecha límite al 31 de julio del 2010 efectúan aportes a pensión y salud en cada uno de los comprobantes de pago que obran en el expediente aparece dicha circunstancia sobre este mismo tema, este tema de pactar o de desalarizar aquellos pagos que en un momento dado son salarios para que no tengan efectos prestacionales de ninguna naturaleza e investigando me encontré con una sentencia proferida por el juzgado 15 administrativo laboral del circuito de Bogotá en un proceso contra la rama judicial dirección ejecutiva administración de Justicia, administración judicial de fecha 21 de febrero del 2018 respecto a lo que se denominó la bonificación judicial frente a la cual se le negó el factor salarial qué sucedió en esta circunstancia pues a los servidores de la rama judicial jueces, magistrados y demás funcionarios de la rama judicial se les crea una figura por el estilo amparados también en el artículo 128 donde se desalarizaba que dice esta sentencia ni más ni menos y resumiendo no esos pagos que constituyen salario no pueden ser objeto de este tipo de decisiones que a la postre vulnera derechos e irrenunciables de cada 1 de los trabajadores y es por ello que en algunas oportunidades hay magistrados tanto de la sala laboral de la corte descongestión como a nivel del Tribunal y a nivel de juzgados les ha tocado declararse impedidos porque estamos frente a un tema similar en sí sino igual que traigo a colación en esta oportunidad también tenemos el convenio de 095 del 49 octavo en Ginebra el 24 de septiembre del 52 ratificado por Colombia el 7 de julio del 63 reconocido con jerarquía dentro del bloque de constitucionalidad que hace referencia al tema del término salario y su significado de otro lado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL37112 2017 48001 del 15 de marzo del 2017 sostuvo que los artículos 127 y 128 no son contrarios a las sí bien son contrarios al convenio 095 que definen los elementos que ya no la entrega pues la atención de estos presentes definir los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las prestaciones un beneficio también sirve para que para garantizar el salario como tal, ahora en lo que en lo que respecta con el tema de las pretensiones subsidiarias, resumiendo entonces muy respetuosamente solicito se atiendan todo este caudal probatorio que como lo manifesté al comienzo si bien la mayoría de demandas lo único que se limitaron a manifestar que el estímulo al ahorro como tales salarios y las definiciones de salario, pero no entraron ahondar en él en el gran caudal probatorio que está arrimado dentro del proceso las definiciones establecidas por cada una de estas en por cada una de las versiones y con una anotación final si observamos cada una de las versiones dentro de estas de manera expresa se hace referencia a las derogatorias de otras, es el caso de la versión en número 5 y 6 que para citar un ejemplo de la versión número 5 de la versión tenemos por ejemplo para la versión número 6 documentos derogados literal de compensación políticas personales septiembre del 98 aquí se hace referencia a las versiones 1 y 2 política de compensación versión 4 y la política de compensación versión número 05 las 6 derogó en las 5 derogadas 4 y también deroga todas las comunicaciones escritas presentaciones procedimientos normatividad interna, tablas guías y formatos relacionados con la compensación del personal de dirección manejo y confianza expedida con anterioridad a la entrada en vigencia de esta política luego cualquier pacto si estamos haciendo referencia a que se deroga y no se tiene en cuenta las comunicaciones escritas presentación y procedimiento debemos entender que se debe atener a lo regulado en esta oportunidad respecto a la pretensión subsidiaria dentro del dictamen pericial es decir existe una prueba perfecta clara donde establece el abismo que existió entre el salario que se le pagaba al demandante en relación con aquellas personas que no iban a ser objeto de pensión a cargo de la empresa y no tenían retroactividad de las cesantías y en esta oportunidad la perito con información y documentación allegada por el mismo Ecopetrol llega a establecer los porcentajes y es esa gran diferencia que existe entre los pagos de cada 1 de estas personas comparables todos con el mismo cargo, en el mismo nivel, con las mismas

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada ECOPETROL solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante pide en sus alegaciones que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda, al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si las sumas pagadas por ECOPETROL al actor bajo la denominación estímulo al ahorro, se deben incluir en la liquidación de prestaciones sociales y pensión de jubilación del actor. En caso negativo definir si es

---

funciones porque el cuestionario que se formuló a Ecopetrol que se fue presentando con la perito contenía este tipo de se fue bastante cuidadoso para que la comparación entre los unos con los otros o con quienes se iban a establecer la comparación fuera él mismo y fue la empresa quien incorporó y trajo al proceso esa información no fue el trabajador y también en lo que respecta a la carga de la prueba para efectos de la igualdad se tiene de antaño establecido de manera clara como el tema al trabajador le va a estar simplemente indicar señalar con quien compararse la carga de la prueba se invierte aquí en este sentido y corresponde a la empresa establecer cuáles fueron las razones o cuál fue el motivo para discriminar al trabajador cuando estaba en condiciones iguales o similares luego la pretensión subsidiaria caso de que se persistiera y que no es ninguna de las sentencias que se había citado ni en ninguno de sus apartes se ha hecho referencia a las pretensiones fueron la de establecer o re liquidar y que se re liquide el tema salarios con las personas comparables y personas que no fueran sujetas de pensión a cargo de la empresa luego en la circunstancia o los hechos o aspecto fáctico no es igual no corresponde y debe hacerse su análisis como tal de acuerdo con el caudal probatorio en su señoría muchas gracias aquí queda sustentado el recurso muy amable"

procedente la nivelación salarial, en los términos que se reclama en la demanda.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto y para lo que es objeto de controversia en esta instancia, no se controvirtieron los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que entre el demandante y ECOPETROL existió una relación laboral regida por varios contratos de trabajo, el primero a término fijo vigente entre el 17 de noviembre de 1987 y el 8 de noviembre de 1988, el segundo a término fijo vigente entre el 9 de noviembre de 1988 y el 15 de mayo de 1989 y el tercero a término indefinido vigente entre el 16 de mayo de 1989 y el 3 de mayo de 2009 (fls. 71 a 75 y 118); ***ii)*** que durante la ejecución del contrato las partes acordaron en cláusula adicional al contrato de trabajo, la exclusión de las sumas recibidas por estímulo al ahorro, de la base salarial de liquidación de las prestaciones sociales (fls. 76 a 79); ***iii)*** que el último salario devengado por el actor fue la suma de $4.778.966 (fl. 288); ***iv)*** que mediante comunicación del 27 de abril de 2009 la demandada informó al demandante sobre el reconocimiento de una pensión de jubilación a partir del 4 de mayo de 2009 en cuantía inicial de $5.030.256 (fls. 107 y 108).

- **Sobre el Concepto de Salario**

Para resolver lo pertinente, el artículo 127 CST establece que salario no es solo la remuneración ordinaria del trabajador sino también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. Así las cosas, es salario todo pago, en dinero o especie, que tenga

naturaleza retributiva del servicio personal prestado por el trabajador.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1993 que modificó el artículo 128 CST, señala que no tienen naturaleza salarial los pagos que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; así como los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Sin embargo, tal como lo dispuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado N° 39475 del 13 de junio de 2012, "*la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo*".

Así las cosas, en controversias sobre la naturaleza salarial de un pago, es preciso analizar si el mismo retribuye o no el servicio personal del trabajador, por cuanto de hacerlo será salario. Frente a los pactos de exclusión salarial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia definió en sentencia SL1798 de 2018 que el artículo 128 del CST establece una excepción a la regla general del carácter salarial de los pagos realizados dentro de la relación laboral, cuando se refiere a que las partes pueden expresamente disponer cuales no son constitutivos de salario. Dice la Corte que en ese caso, dicho pacto debe ser expreso, claro, preciso y detallado sobre los conceptos cobijados por él, en la medida en que para estos asuntos no es dable recurrir a cláusulas genéricas, ni realizar una interpretación o lectura extensiva sobre los conceptos que fueron o no objeto de incorporación del pacto,

dice además esa Alta Corporación que en casos de duda sobre la inclusión de un emolumento en este tipo de acuerdos, debe ser resuelta a favor de la regla general y entender que para todos los efectos es retributivo.

Así las cosas, debe la Sala verificar si el estímulo al ahorro recibido por el demandante y excluido de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, tiene las características que la ley asigna al Salario. De ello se derivaría la ineficacia del pacto de exclusión salarial.

Una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, encuentra el Tribunal que las sumas pagadas por ECOPETROL al demandante por estímulo al ahorro no tenían de forma cierta naturaleza salarial, razón por la cual resulta válido y vinculante para las partes el pacto mediante el cual excluyeron su valor de la liquidación de prestaciones sociales.

Para el efecto e independientemente de las razones que aduce el apoderado del demandante en el recurso, se demostró que los pagos efectuados por estímulo al ahorro, según lo acordado por las partes, no retribuían en forma directa el servicio que prestaba el demandante a la empresa ECOPETROL (folios 76 a 79), pues bajo esta denominación se hacían pagos adicionales a los que venía recibiendo el trabajador por salarios y prestaciones sociales con la finalidad de compensar los ingresos globales que recibían trabajadores de la industria (salarios y prestaciones) y evitar con ello la salida de servidores entrenados y con experiencia hacia otras empresas del sector petrolero que son su competencia. Estos pagos se materializaron en el ocaso de la relación laboral, y su origen no se derivó propiamente de un incremento en las actividades que el trabajador cumplía, ni de la reasignación o modificación de las funciones que venía desempeñando (situaciones de las cuales se podría entender una relación directa de causalidad entre el servicio

y la retribución, con la consecuente naturaleza salarial). Ni siquiera se entregaba directamente al trabajador para que él pudiera disponer libremente de lo pagado, como sí ocurre con el salario, pues de acuerdo a la evidencia que expresa el documento de folio 76 y 78 se entregaba en una cuenta de ahorros pensionales de la cual era titular el actor, cuenta creada en una AFP que por mandato de los artículos 48 y 49 de la Ley 1328 de 2009 y 28 de la Ley 100 de 1993 tiene como destino exclusivo la financiación de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social.

No resulta relevante al efecto, lo manifestado por la representante legal de la demandada en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 6 min. 06:32), pues sus declaraciones estuvieron encaminadas a reconocer los documentos aportados con la demanda y que se relacionan con la política de compensación salarial que fijó ECOPETROL, lo que no aporta nada nuevo a la resolución del conflicto aquí planteado.

Así las cosas, si bien a partir de diciembre de 2007 (folio 76) el demandante vio incrementados los ingresos globales que recibía de su empleador por el pago habitual de un estímulo al ahorro, tal incremento no tenía una naturaleza salarial cierta, circunstancia de la cual deviene la validez del pacto mediante el cual las partes acordaron su exclusión de la liquidación de prestaciones sociales, entre estas la pensión de jubilación del actor. Además de lo anterior, resulta pertinente indicar que el carácter no retributivo del servicio del estímulo al ahorro, y la no naturaleza salarial de este concepto, en casos similares al que aquí se estudia, ha sido definido de manera reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias, SL 2163-2021, SL2193-2021 y SL2764-2021.

- **Sobre la Nivelación Salarial**

Al efecto, el artículo 143 del CST dispone el derecho de los trabajadores a recibir como remuneración la que corresponde a la labor desarrollada en condiciones de igualdad con quienes cumplen la misma función y con similar eficiencia. Con esta disposición el legislador fijó parámetros bajo los cuales un empleador puede hacer distinciones salariales entre trabajadores por diferencias en las funciones o diferencias en la eficiencia.

Sobre este punto se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional para definir que solo cuando existen diferencias objetivas entre los servidores que cumplen la misma función se podrá disponer un salario diferencial[2], razones que la Constitución Política, en el artículo 153 definió, al establecer el principio de igualdad salarial como el derecho que tienen los trabajadores a recibir una "*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y la calidad del trabajo*".

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente que quien pretende una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar que existe otro trabajador en el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia. También dijo esa Corporación que tratándose de relaciones laborales causadas con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 7° de la

[2] Sentencia SU-517 de 2009 y "*Toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no puede proceder de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, (...) [PUES] si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo*".

Ley 1496 de 2011 al artículo 143 del CST, según la cual "*todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación*", también se invierte la carga de la prueba y de este modo al trabajador solo corresponde probar el trato discriminatorio en los términos referidos y al empleador justificar la razón de ese trato discriminatorio (Sentencias. SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858, SL 17462-2014, SL 3165-2018).

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, se advierte que el apoderado del demandante fundamenta su solicitud en la vulneración del derecho a la igualdad por parte de ECOPETROL al definir políticas salariales distintas para sus trabajadores, lo que ocasionó que JOSE ALEJANDRO GONZALEZ DIAZ devengara un salario inferior al que devengaban otros trabajadores que ocupaban un cargo similar y desempeñaban las mismas funciones, como era el caso de la trabajadora LILIA MARIA SAAVEDRA LEIVA.

Sobre el particular es pertinente indicar, que la política de compensaciones que implementó la demandada se tradujo en similares ingresos globales de los trabajadores de ECOPETROL aunque algunos de ellos, como el demandante, recibieran salarios inferiores. Sobre este punto, al realizar un análisis de las pruebas aportadas al expediente (fls. 315 a 317), es posible concluir que ECOPETROL dio un trato diferente a las cuatro clases de trabajadores en los que agrupó su planta de personal, situación que la demandada definió con base en unos criterios objetivos, tales como, el régimen de cesantías aplicable a la situación laboral de cada grupo de trabajadores y la expectativa pensional en relación con la carga de la empresa, de manera tal, que no es posible concluir que el trato diferente, que aduce el demandante, como integrante del grupo cuatro (personas con retroactividad de cesantías y con posibilidad de jubilación bajo el régimen exceptuado de

ECOPETROL) fuera constitutivo de un trato inequitativo, como lo aduce el apoderado, pues contrario a ello, la sociedad demandada buscaba mantener la igualdad de ingresos económicos de sus trabajadores, lo que hizo implementando diferentes figuras para cada grupo de trabajadores. La adopción de cada una de ellas tenía una razón de ser y en el caso específico del estímulo al ahorro era que *"no tendría sustento legal ni fiscal alguno que un trabajador que en promedio lleva laborando 20 años de servicios, dos años antes de jubilarse se le incrementara de manera desmesurada el IBL, pues esto, además de impactar financieramente a la Empresa, podría ser objeto de cuestionamientos por parte de los organismos de control"* (fl. 290 vto.).

Al efecto, no resulta pertinente la prueba pericial que aportó la parte demandante y de la cual hace referencia en el recurso (cuaderno 5 del expediente), pues como se dijo, las razones de la diferenciación salarial definidas en la política de compensación salarial que la demandada implementó, obedeció a criterios técnicos y objetivos, luego aun cuando el salario del actor fuera inferior, como se aduce, estudiado estaba por la sociedad traída a juicio, que sus condiciones, sin duda eran mejores respecto de los otros grupos de trabajadores y que no era posible incrementar desmesurada la base salarial sobre la cual se liquidaría su mesada pensional.

En similar sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL2193-2021 y SL2764-2021, donde al resolver un caso de similares condiciones, consideró que tal como lo definió la Corte Constitucional en la T-969 de 2010 *"no resulta discriminatoria – prima facie- la aplicación de regímenes salariales diferentes para trabajadores de ECOPETROL. En efecto, a primera vista, resulta legítimo un trato diferente entre trabajadores nuevos y próximos a pensionarse con el fin de hacer más atractiva la empresa al mercado*

laboral, máxime si se tiene en cuenta que se utilizó el "estímulo al ahorro" como un mecanismo para establecer determinada equidad entre unos y otros.

Por las anteriores razones, el tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0204-2021

Radicado N° 34 2018 00229 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

RAFAEL ANTONIO MONTES BORDA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 7 de febrero de 1957, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 19 de octubre 1978 al 31 de octubre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 190.43 semanas, que el 18 de enero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., que al momento de la afiliación, el Fondo le brindó una asesoría general con información errada sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, que nunca se le informó como se calculaba la pensión en el RAIS, que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas patrimoniales que implicaba el retorno al RPM, que el 20 de marzo del 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado y retorno al RPM, y dicha solicitud fue resuelta de manera desfavorable por la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROCTECCION S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su traslado al RAIS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe y aporovechamiento indebido de los recursos Públicos y del Sistema general de Pensiones (Pdf. 1, fls. 140 a 159).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la

edad del demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del drrecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 236 a 270).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del traslado realizado por el demandante RAFAEL ANTONIO MONTES BORDA del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 18 de enero de 1996, a través de la afiliación de la administradora de pensiones SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de RAFAEL ANTONIO MONTES BORDA, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses o rendimientos que se hubieran causado. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES como administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida a recibir todos los valores que reintegre la AFP PROTECCION con motivo de la afiliación de RAFAEL ANTONIO MONTES BORDA, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses o rendimientos que se*

hubieran causado y atenderlos como semanas efectivamente cotizadas. ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.* ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la demandada AFP PROTECCION S.A. y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.* ***SEXTO: CONSULTA*** *en caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante el Tribunal Superior del distrito Bogotá, en grado jurisdiccional de CONSULTA".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información de manera clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, permitiendo así que el afiliado determine de manera autónoma bajo los lineamientos del literal B, articulo 13 de la Ley 100 de 1993 el hecho de pertenera uno u otro régimen. Advirtió que las pruebas del expediente no acreditan que la AFP demandada hubiera cumplido su deber de información y por ello declaró la ineficacia del traslado del actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para la época del traslado, solo se requería firmar un consentimiento informado y el formato de afiliación, por lo que no existe omisión o falta de información por parte de la AFP. Dice además que al demandante no se le estaría negando el derecho de acceder a una pensión de vejez, pues el litigio recae sobre su inconformidad del valor de la mesada pensional que le correspondería, que de darse el traslado de RAIS al RPM a cargo de COLPENSIONES, se generaría una descapitalización del fondo común de prima media, para la cual, trae a colación la sentencia C-062 del 2010.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA (hoy PROTECCION), cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 7 de febrero de 1957 (fl. 6); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 19 de octubre 1978 y el 31 de diciembre de 1994 por un total de 190.29 (Pdf. 1 fl. 166); ***iii)*** que el 18 de enero de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA,

hoy PROTECCION (Pdf. 1, fl. 162); ***iv)*** que el 20 de marzo de 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud (CD 2-fl. 141, expediente digital).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030

del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *"información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever."*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor RAFAEL ANTONIO MONTES BORDA se trasladó a la AFP COLMENA, hoy PROTECCION S.A. el 18 de enero de 1996 (Pdf. 1, fl. 162), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 14:20, expediente digital), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado fue convocado por el superior de turno para asistir a una charla grupal a cargo de asesores de COLMENA en su lugar de trabajo, que una vez finalizó la reunión les entregaron el formulario para ser diligenciado y firmado, que no recibieron asesoría alguna sobre el modelo pensional del RAIS.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCION en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así

como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a el demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior y dado que el juez de primera instancia declaró la nulidad del traslado y lo que procede según lo visto es la ineficacia del mismo la Sala modificará en este aspecto el numeral primero de la sentencia de primera instancia. Esto conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCION a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima

media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como no es clara la decision del juez en el sentido de disponer la devolución del valor correspondiente a los gastos de administración se revocaran los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia y dictara la condena como corresponde.

También se adicionará la sentencia apelada 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 en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del demandante RAFAEL ANTONIO MONTES BORDA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy AFP PROTECCIÓN).

SEGUNDO: REVOCAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia de primera instancia los cuales quedaran así: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos; y a COLPENSIONES recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RAFAEL ANTONIO MONTES BORDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2018 00229 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0185-2021

Radicado N° 39 2019 00669 01

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al pago de un retroactivo pensional e intereses moratorios.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE IGNACIO AMAYA ESPITIA, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** con el fin de que se condene a la demandada al pago del retroactivo pensional causado entre el 27 de marzo de 2017 y el 31 de julio de 2017, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de marzo de 1955; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 29 de enero de 1979, entidad a la cual realizó 1907 cotizaciones siendo la última de ellas la efectuada el 27 de marzo de 2017; que en esta última fecha solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez; que mediante Resolución SUB 144190 del 31 de julio de 2017, la demandada le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2017 en cuantía inicial de $996.907; que la entidad al momento de reconocer la prestación no tuvo en cuenta que su retiro del sistema se había realizado desde el 27 de marzo de 2017; y por ello, el 2 de octubre de 2018, solicitó a la demandada el reconocimiento del retroactivo pensional respectivo, el cual fue negado mediante Resoluciones SUB 321731 del 11 de diciembre de 2018 y DIR 1120 del 30 de enero de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y los actos administrativos emitidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración de derecho al pago de IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 93 a 100).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de agosto de 2020, condenó a la demandada al pago

de un retroactivo pensional e intereses moratorios. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"***PRIMERO**: DECLARAR que el señor JOSE IGNACIO AMAYA ESPITIA tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 27 de marzo de 2017 hasta el 31 de julio de 2017.* ***SEGUNDO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBOANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a JOSE IGNACIO AMAYA ESPITIA el retroactivo pensional desde el 27 de marzo de 2017 hasta el 31 de julio de 2017, que asciende a la suma de $5.126.110, 73.* ***TERCERO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a JOSE IGNACIO AMAYA ESPITIA los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 27 de julio de 2017, sobre el retroactivo pensional que se reconoció en la presente sentencia y hasta la fecha en que se verifique el pago total de la obligación pensional.* ***CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de $300.000 como agencias en derecho".*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el pago del retroactivo pensional reclamado. Para resolverlo indicó que los documentos aportados al expediente indican que el actor realizó su última cotización al sistema el 27 de marzo de 2017 y por ello el reconocimiento de la pensión procedía desde esta fecha.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la novedad marcada en la historia laboral con la letra P no se considera como desafiliación del sistema, y que no es procedente el pago de intereses moratorios, ni de las costas del proceso en cuanto la entidad siempre ha actuado de buena fe[1].

[1] "Siendo la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación para que sea resuelto por el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en el sentido de ratificarme en los alegatos en

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional reclamado y en dado caso establecer si es procedente la condena al pago de intereses moratorios.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 25 de marzo de 1955 (fl. 27); ***ii)*** que mediante Resolución SUB 144190 del 31 de julio de 2017 la demandada reconoció pensión de vejez al actor a partir del 1° de agosto de 2017 en cuantía inicial de $996.907 (fls. 28 a 33); ***iii)*** que mediante Resolución SUB 321731 del 11 de diciembre de 2018

---

cuanto que sea la Sala la que determine si la novedad marcada como P, da lugar efectivamente a considerarse como desafiliación del sistema y en igual sentido al ser la pretensión principal apelada apelo las demás en el sentido de que no hay intereses moratorios en cuanto no se ha dejado de causar la mesada pensional y tampoco la indexación, en el sentido de las costas mi representada siempre ha actuado de buena fe, entonces en ese sentido dejo presentado mi recurso de apelación"

COLPENSIONES reliquidó la pensión del actor en la suma inicial de $998.593 para el año 2017 (fls. 35 a 41).

- **Disfrute de la Pensión.**

Para resolver la controversia conviene precisar, que no siempre el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios o cotizaciones habilitan el pago de la primera mesada pensional, pues para ello el ordenamiento jurídico exige el retiro del afiliado del Sistema de pensiones y solo cuando esa diligencia se realiza se pude entender la renuncia del afiliado al derecho que le otorgan las normas para incrementar el valor de la mesada pensional mediante la realización de cotizaciones adicionales a las que exige la ley como mínimas (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

En efecto según el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterado mediante sentencia SL 3245-2019, se indica que el disfrute de la pensión no solo opera desde el momento en que se produce la desafiliación expresa del sistema, sino que éste también se entiende cuando el afiliado deja de efectuar cotizaciones por haber cumplido los requisitos para la pensión y presenta la solicitud correspondiente, pues en este caso se entiende una renuncia al incremento de la mesada por cotizaciones adicionales. Recuerda la Sala que el derecho pensional se causa por los aportes que un afiliado realiza durante su vida laboral y para efectos de la fecha a partir de la cual procede su pago no importa que se haya registrado formalmente en la historia laboral la novedad de retiro. Las mesadas a cargo del Sistema de pensiones constituyen un derecho del afiliado causado por sus propios aportes y no un beneficio que otorgue el Sistema con cargo a sus recursos.

Así las cosas, se advierte que JOSE IGNACIO AMAYA ESPITIA solicitó el reconocimiento de su pensión el día 27 de marzo de 2017

(fl. 28), fecha para la cual tenía cumplidos los requisitos de edad y tiempo que exige la norma aplicable a su situación pensional, además de la historia laboral aportada al expediente por COLPENSIONES, se observa que realizó su última cotización al sistema este mismo día (fl. 81) y que fue reportada la novedad de retiro del sistema de pensiones por su último empleador (fls. 81 y 84).

Precisa la Sala para responder el argumento de apelación de la demandada, que la letra *P* que dicha entidad registra en la historia laboral del actor para el periodo marzo de 2017, corresponde sin lugar a dudas al retiro del sistema de pensiones, pues así se advierte de la planilla de pago que obra a folio 84 del expediente. En gracia de discusión y si ello no fuera así, tampoco podía la entidad negarse a reconocer la prestación desde la fecha de la última cotización, pues como se refirió en precedencia, con la solicitud de reconocimiento de la prestación el afiliado manifiesta su intención de dejar de cotizar para obtener el pago de la prestación y por ello no hay duda de que la pensión del demandante debía pagarse desde el 27 de marzo de 2017.

De lo anterior concluye el Tribunal que el demandante tenía derecho al pago de la pensión de vejez a partir del 27 de marzo de 2017, fecha en que realizó la última cotización al Sistema, contaba con 1915 semanas de cotización (fl. 31) y tenía 62 años de edad (fl. 27), es decir, cumplía los requisitos definidos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Pasa ahora la Sala a revisar las operaciones aritméticas realizadas por el juez de primera instancia para definir el valor del retroactivo pensional causado entre el 27 de marzo de 2017 y el 31 de julio de 2017, fecha en que la entidad pagó la primera mesada pensional (fl. 32).

Año	N° de Mesadas por Año	Valor Mesada	Total Retroactivo
2017	3 días de marzo + 4 mesadas	$ 998.593	$4.094.231

Como el valor del retroactivo aquí definido es inferior al que tasó la juez de primera instancia, se modificará en lo pertinente su decisión, en virtud del grado jurisdiccional de consulta del que conoce esta Sala en favor de la entidad demandada.

Ahora bien, frente al descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas y dado que la juez de primera instancia no se pronunció sobre este aspecto, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que realice el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, la Sala dirá que no operó, pues no transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPL y de la SS, en tanto el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el 27 de marzo de 2017, solicitud que fue resuelta mediante Resolución SUB 144190 del 31 de julio de 2017 (fl. 28), y la demanda se presentó el 8 de octubre de 2019 (fl. 86), es decir dentro de los tres años siguientes a la fecha en que comenzó a correr nuevamente el término.

- **Intereses Moratorios**

Al efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, por la mora en el pago de las mesadas pensionales a sus afiliados. Por su parte, el artículo 9[2] de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994[3], establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Así las cosas, el Tribunal también confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la demandada al pago de intereses moratorios. Para el efecto se advierte de las pruebas aportadas al expediente que el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión desde el 27 de marzo de 2017 (fl. 28), fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, por ello procede el pago de este derecho a partir del 27 de julio de 2017 (cuatro meses después de presentada la solicitud), por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando efectúe su pago. Como así lo definió la juez de primera instancia se confirmará en lo pertinente la decisión.

Finalmente, para responder el argumento de apelación referido a la no procedencia de la condena en costas por el actuar de buena fe de la entidad, basta precisar al efecto que el artículo 365 del CGP contempla la condena por este concepto a cargo de la parte vencida, sin tener en cuenta si su actuar estuvo revestido de buena fe o no.

---

[2] "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte"

[3] Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor del retroactivo causado a favor del actor corresponde a la suma de $4.094.231, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de AUTORIZAR a COLPENSIONES para que realice el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-00147-2021

RAD. No. 17-2018-00382-01: PROCESO ORDINARIO LABORAL.
DEMANDANTE: JIMMY FARID HERNÁNDEZ ROMERO.
DEMANDADA: IMOCOM S.A.S.

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

El apoderado de la parte demandada **IMOCOM S.A.S.,** presentó memorial a través de correo electrónico, por medio del cual solicitó la corrección de errores aritméticos de la sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala el 30 de julio de 2021.

En su petición, presentó los siguientes puntos de inconformidad: ***i)*** Indica que el artículo 10 del Decreto 1406 de 1999, consagró la aproximación de los valores contenidos en las declaraciones de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, consagrando la deducción de la fracción igual o menor a quinientos pesos ($500,oo) lo cual no fue considerado al momento de fijar aritméticamente el valor del aporte para los periodos 2008-5, 2008-12; 2012-12; 2013-12 y 2017-12; ***ii)*** agrega que la sentencia, para los periodos 2016-8, 2016-9, 2016-10, 2016-11 y 2016-12, determinó el monto máximo del IBC sobre un total de 25 SMLMV, sin considerar el valor del salario mínimo fijado en dicha anualidad; ***iii)*** advierte que se liquidó el valor de los aportes considerando el 100% de las comisiones, omitiendo que al ser parte del salario integral el porcentaje a considerado para tal efecto es solo del 70%; ***iv)*** que para el periodo 2009-12, se fijó un tope del IBC superior al monto de 25 SMLMV; ***v)*** y que para el periodo 2017-1, se liquidó

erróneamente una diferencia a pesar de que el IBC pagado fue superior al tope máximo de 25 SMLMV.

ANTECEDENTES

Esta Sala de Decisión, mediante sentencia de segunda instancia proferida el 30 de julio de 2021, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

En la citada sentencia, esta Sala revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar condenó a la demandada **IMOCOM S.A.S.** a reliquidar los aportes al Sistema General de Pensiones del demandante, a fin de incluir en el IBC las diferencias causadas, así como los intereses generados por el *operador de planilla* conforme derecho, en los periodos relacionados en el numeral segundo de la providencia.

CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, es relevante considerar que el artículo 286 CGP consagró la posibilidad de corregir en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, toda providencia en la que se haya incurrido en error puramente aritmético, contenidos en la parte resolutiva o que influyan en ella.

Atendiendo el anterior referente normativo, aplicable a nuestra especialidad por remisión del artículo 145 CPTSS, procede la Sala a resolver la solicitud del accionante, para lo cual procederá a analizar cada uno de los errores aritméticos alegados.

- **Aproximación de los Valores de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA al Sistema de Seguridad Social Integral.**

El numeral 1° del artículo 10 del Decreto 1406 de 1999, consagró que los valores para el pago de aportes deben aproximarse, en cuanto refiere al monto del Ingreso Base de Cotización – IBC, al múltiplo de mil más cercano, advirtiendo que para tal efecto la fracción igual o menor a $500 se deducirá. Posteriormente, el artículo 1° del Decreto

1990 de 2016, publicado en el Diario Oficial 50.079 del 06 de diciembre de 2016, consagró que el monto del IBC debe aproximarse al peso superior más cercano.

En el presente asunto, la Sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala el 30 de julio de 2021, condenó a **IMOCOM S.A.S.** a reliquidar los aportes al Sistema General de Pensiones del demandante a fin de incluir las siguientes diferencias y los intereses que cobre el operados de planilla, en los periodos que a continuación se indican:

MES	IBC PAGADO	DIFERENCIA	CONDENA
2007-2	$ 6.048.000	$ 900.000	Si
2007-3	$ 6.578.000	$ 370.000	Si
2007-4	$ 6.048.000	$ 900.000	Si
2007-5	$ 6.048.000	$ 900.000	Si
2007-12	$ 10.842.000	$ 500	Si
2008-5	$ 11.537.000	$ 500	Si
2008-12	$ 11.537.000	$ 500	Si
2009-12	$ 6.748.000	$ 8.174.500	Si
2012-12	$ 13.872.000	$ 295.500	Si
2013-12	$ 14.737.000	$ 500	Si
2016-8	$ 17.236.000	$ 1.500	Si
2016-9	$ 17.236.000	$ 1.500	Si
2016-10	$ 17.236.000	$ 1.500	Si
2016-11	$ 17.236.000	$ 1.500	Si
2016-12	$ 17.236.000	$ 1.500	Si
2017-1	$ 18.442.995	$ 737.647	Si
2017-2	$ 13.867.000	$ 1.200.000	Si

El apoderado de la demandada **IMOCOM S.A.S.** señaló que conforme las normas de aproximación, el IBC pagado por dicha parte en los años 2007, 2008, 2009, 2012, 2013 y 2016 se canceló en debida forma, siendo un error aritmético no efectuar la deducción de los quinientos pesos ($500,oo).

Revisadas las operaciones aritméticas del fallo proferido por esta Corporación, se verificó que en efecto en el cálculo del límite del IBC, equivalente a 25 SMLMV, omitió realizar la deducción de la suma de quinientos pesos ($500,oo) para los periodos de cotización 2007-12; 2008-5; 2008-12; 2009-12; 2012-12; 2013-12, siendo procedente acceder a la solicitud de corrección presentada.

- **Valor del Límite del IBC de 2016 Considerando el Valor Fijado del SMLMV para dicha Anualidad.**

El artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003, limitó el IBC a 25 SMLMV, sin que a la fecha el Gobierno Nacional haya reglamentado la posibilidad de reglamentar el IBC hasta los 45 SMLMV.

El apoderado de la demandada **IMOCOM S.A.S.** indicó que el SMLMV de 2016 se fijó en $689.455, cifra que multiplicada por 25 asciende a $17.236.375, siendo un error aritmético indicar que el IBC máximo para dicha anualidad era de $17.237.500.

Revisadas las operaciones aritméticas del fallo proferido por esta Corporación, se verificó que en efecto se fijó como IBC límite de 2016 la cifra de $17.237.500, cifra superior a 25 SMLMV para dicha anualidad, equivalente a $17.236.375.

Como las normas de deducción de aportes implican la deducción del IBC de las fracciones iguales o menores a $500 hasta noviembre de 2016 (numeral 1° del artículo 10 del Decreto 1406 de 1999) y desde diciembre de 2016 conllevan a aproximar el IBC al peso superior más cercano (artículo 1° del Decreto 1990 de 2016), en el presente asunto el IBC de 2016-8; 2016-9; 2016-10 y 2016-11 corresponde a $17.236.000, mientras que para 2016-12 el IBC ascendió a $17.236.375, por lo que se configuró el error aritmético alegado por el apoderado de la demandada.

- **Pago de Aportes a Seguridad Social Causados por las Comisiones Calculado sobre el 70% Por Tratarse de Salario Integral.**

El apoderado de la demandada **IMOCOM S.A.S.,** indicó que la empresa consideró los pagos efectuados por comisiones como parte del salario integral, motivo por el cual los aportes causados por dicho concepto debieron ser considerados sobre el 70% del valor de la comisión y no sobre el 100% para los periodos 2007-2, 2007-3, 2007-4, 2007-5 y 2017-2.

Al respecto, advierte la Sala que en la sentencia de segunda instancia, objeto de corrección aritmética, se determinó que entre las partes se acordó el pago de un salario integral, además de comisiones,

aspecto sobre el cual el *a quo* indicó que si bien no se acreditaron las condiciones y plazo de causación de las comisiones, la demandada confesó su existencia y pago, sin embargo, a pesar de la confesión no hay prueba de que dichas comisiones fueron incluidas expresamente en el pacto de salario integral, razón por la cual se liquidó el pago de aportes sobre el 70% respecto de las cifras identificadas específicamente como salario integral, sin incluir las comisiones, por tanto, no existe error aritmético que corregir.

- **Error en el Cálculo del IBC Máximo de los Ciclos 2009-12 y 2017-1.**

El apoderado de la demandada **IMOCOM S.A.S.** indicó que para el periodo 2009-12, la Sala determinó la existencia de una diferencia pendiente de pago por valor de $8.174.500, cifra que considera errónea, pues al sumar este valor con el cotizado al demandante en dicho periodo, el IBL superaría el límite máximo de los 25 SMLMV, el cual correspondía a la suma de $12.422.500. De otra parte, indicó que en el periodo 2017-1 se pagaron los aportes sobre un IBC superior al límite de 25 SMLMV, pese lo cual se ordenó el pago de una diferencia.

Verifica esta Corporación que en efecto se incurrió en error aritmético, motivo por el cual para adecuar la diferencia del IBC al límite de los 25 SMLMV del periodo 2009-12, el valor correcto corresponde a la suma de $5.674.000 y no el valor de $8.174.500, como se había definido en la sentencia objeto de corrección. Por su parte, para el periodo 2017-1, se establece que no hay diferencia pendiente de pago.

CONCLUSIÓN

Resuelto cada uno de los puntos de reproche aducidos por el apoderado de la demandada **IMOCOM S.A.S.**, relativos a presuntos errores aritméticos en la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación, se concluye lo siguiente:

1. Que para los periodos 2007-12; 2008-5; 2008-12; 2009-12; 2012-12; 2013-12, se cometió error aritmético por no

deducción de los quinientos pesos ($500,oo) del IBC máximo conforme el numeral 1° del artículo 10 del Decreto 1406 de 1999.

2. Que para los periodos 2016-8; 2016-9; 2016-10; 2016-11 y 2016-12, el IBC máximo ascendió a la suma de $17.236.375, por lo que se cometió error aritmético por no aproximación de los valores para el pago de aportes, conforme el numeral 1° del artículo 10 del Decreto 1406 de 1999 y el artículo 1° del Decreto 1990 de 2016.

3. Que el IBC máximo para los periodos 2009-12 y 2017-1 es menor al considerado en la sentencia de segunda instancia, por lo que se cometió error aritmético.

4. Que no existe error aritmético en lo relativo a considerar el 100% del valor de la comisión para liquidar el pago de aportes al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, se corregirán los errores aritméticos antes señalados, determinando que los saldos pendientes de pago por aportes al Sistema General de Pensiones a cargo de la demandada **IMOCOM S.A.S.** son los siguientes:

Mes	Salario integral (70%)	Comisión (100%)	Bonificación	Pago no salarial mayor al 40% de la remuneración	Total base	IBC pagado	Limite IBC (25 smlmv) con aproximación de valores	Diferencia a favor del demandante	Condena
2007-1	$3.948.000	$6.000.000	$	$	$9.948.000	$10.842.000	$10.842.000	$	No
2007-2	$3.948.000	$3.000.000	$	$	$6.948.000	$6.048.000	$10.842.000	$900.000	Si
2007-3	$3.948.000	$3.000.000	$	$	$6.948.000	$6.578.000	$10.842.000	$370.000	Si
2007-4	$3.948.000	$3.000.000	$	$	$6.948.000	$6.048.000	$10.842.000	$900.000	Si
2007-5	$3.948.000	$3.000.000	$	$	$6.948.000	$6.048.000	$10.842.000	$900.000	Si
2007-12	$6.748.000	$74.200.000	$	$	$80.948.000	$10.842.000	$10.842.000	$	No
2008-5	$6.748.000	$20.000.000	$	$	$26.748.000	$11.537.000	$11.537.000	$	No
2008-12	$6.748.000	$45.000.000	$	$	$51.748.000	$11.537.000	$11.537.000	$	No
2009-12	$6.748.000	$	$ 45.000.000	$24.300.800	$31.048.800	$6.748.000	$12.422.000	$5.674.000	Si
2010-4	$6.748.000	$	$ 45.000.000	$24.300.800	$31.048.800	$12.875.000	$12.875.000	$	No
2010-12	$6.748.000	$	$ 70.000.000	$39.300.800	$46.048.800	$12.875.000	$12.875.000	$	No
2011-8	$6.748.000	$66.400.000	$	$	$73.148.000	$13.390.000	$13.390.000	$	No
2011-12	$6.748.000	$40.000.000	$	$	$46.748.000	$13.390.000	$13.390.000	$	No
2012-12	$6.748.000	$	$ 75.000.000	$42.300.800	$49.048.800	$13.872.000	$14.167.000	$295.000	Si
2013-12	$7.350.000	$	$ 70.000.000	$39.060.000	$46.410.000	$14.737.000	$14.737.000	$	No
2014-12	$7.350.000	$	$ 70.000.000	$39.060.000	$46.410.000	$15.400.000	$15.400.000	$	No
2016-8	$10.850.000	$10.000.000	$	$	$20.850.000	$17.236.000	$17.236.000	$	No
2016-9	$10.850.000	$16.000.000	$	$	$26.850.000	$17.236.000	$17.236.000	$	No
2016-10	$10.850.000	$10.000.000	$	$	$20.850.000	$17.236.000	$17.236.000	$	No
2016-11	$10.850.000	$10.000.000	$	$	$20.850.000	$17.236.000	$17.236.000	$	No
2016-12	$10.850.000	$10.000.000	$	$	$20.850.000	$17.236.000	$17.236.375	$375	Si
2017-1	$10.850.000	$5.000.000	$ 35.000.000	$14.660.000	$30.510.000	$18.442.995	$18.442.925	$	No
2017-2	$11.067.000	$4.000.000	$	$	$15.067.000	$13.867.000	$18.442.925	$1.200.000	Si

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

RESUELVE

PRIMERO: CORREGIR el Numeral Segundo de la Sentencia de Segunda Instancia proferida por esta Sala el 30 de julio de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **IMOCOM S.A.S.** a reliquidar los aportes al Sistema General de Pensiones del demandante **JIMMY FARID HERNÁNDEZ ROMERO**, a fin de incluir en el INGRESO BASE DE COTIZACIÓN, las diferencias causadas, así como los intereses que cobre el *operador de planilla*, conforme a los valores señalados en los periodos que a continuación se indican:

Mes	IBC pagado	Diferencia a favor del demandante	Condena
2007-2	$ 6.048.000	$ 900.000	Si
2007-3	$ 6.578.000	$ 370.000	Si
2007-4	$ 6.048.000	$ 900.000	Si
2007-5	$ 6.048.000	$ 900.000	Si
2009-12	$ 6.748.000	$ 5.674.000	Si
2012-12	$ 13.872.000	$ 295.000	Si
2016-12	$ 17.236.000	$ 375	Si
2017-2	$ 13.867.000	$ 1.200.000	Si

SEGUNDO: Los demás numerales de la sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala el 30 de julio de 2021 se mantienen incólumes.

TERCERO: CONTINÚESE con el trámite del proceso

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0208-2021

Radicado N° 02 2018 00729 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2020, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ROSA JANETH RUIZ TELLEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados, se disponga su afiliación al RPM y se ordene el reconocimiento de la pensión de vejez.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 20 de enero de 1958, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y efectuó cotizaciones a dicha entidad entre el 12 de junio 1978 y el 31 de enero de 2004, para un total de 1.304,43 semanas; que el 28 de enero de 2004, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A.; que al momento del traslado el fondo no efectuó los cálculos técnicos actuariales y matemáticos que le permitieran esclarecer las ventajas y desventajas del traslado al RAIS; que no se le proporcionó una proyección pensional e información sobre las consecuencias jurídicas de afiliarse al RAIS; que no se le informó sobre sus aportes y que aún cuando efectuara cotizaciones sobre los topes salariales, su mesada nunca seria más favorable que en el RPM; que en la época en que se efectuó el traslado no podía trasladarse de régimen al estar a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional y que se encuentra pensionada por la AFP COLFONDOS desde el año 2015.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, su traslado al RAIS y la condición de pensionada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de irrenunciabilidad del estatus pensionado, prohibición legal de los pensionados para trasladarse de una administradora a otra o de un régimen a otro, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicos en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad y buena fe (fls. 107 a 136).

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial al RPM, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, excepción error de

derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (fls. 178 a 191).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de julio de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: NEGAR** la nulidad, ineficacia o invalidez de la afiliación y traslado de la demandante ROSA JANETH RUIZ TÉLLEZ identificada con cédula de ciudadanía 35.460.946 del régimen de ahorro individual, realizada el 28 enero de 2004 a COLPENSIONES, conforme lo dicho en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: ABSOLVER** a las demandas Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ROSA JANETH RUIZ TÉLLEZ identificada con cédula de ciudadanía 35.460.946, de conformidad con lo expuesto anteriormente. **TERCERO: DECLARAR** probadas las excepciones propuestas por las demandadas convocadas en este juicio. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte accionante dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal vigente. **QUINTO: CONSULTA** sino fuereapelado, CONSÚLTESE con el superior."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen la obligación legal de brindar información clara, completa y detallada sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional y que además tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación. Dijo que en la situación personal de la demandante aun cuando la AFP no acreditó el cumplimiento al deber de información, lo cierto es que no procede declarar la ineficacia

del traslado en cuando ésta en la actualidad tiene la condición de pensionada por vejez, por lo que se entiende que convalidó su permanencia en dicha régimen y aceptó someterse a las condiciones que lo rigen por lo que negó las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante ROSA JANETH RUIZ TELLEZ interpone recurso de apelación, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que los vicios del consentimiento no pueden entenderse saneados con el reconocimiento de la pensión, como lo sustentó la juzgadora de primera instancia, que resulta evidente la omisión de información para la época del traslado y aquel en que se reconoció la pensión. Agregó que para el año 2015 cuando se pensiono la actora, se encontraba vigente la normativa que obliga a los fondos a cumplir y observar el deber del buen consejo, que el objeto de la demanda no es porque la mesada pensional en el RAIS es inferior a la del RPM, sino porque la AFP engañó a la demandante al ofertarle una mesada distinta y sin proporcionarle la proyección pensional correspondiente, que el traslado al fondo privado vulneró derechos irrenunciables como el derecho pensional y por ello es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado como se solicita en la demanda.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLFONDOS presentó alegaciones, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto definió la improcedencia de la ineficacia de traslado.

COLPENSIONES, solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto no se dan las

condiciones para declarar la ineficacia del traslado que reclama la demandante.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí es procedente estudiar la eventual ineficacia de traslado de régimen, respecto de una persona que tiene la condición de pensionado.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 20 de enero de 1958 (fl. 19); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 12 de junio 1983 y el 31 de enero de 2004 por un total de 1.304,43 semanas (fls. 192); ***iii)*** que el 28 de enero de 2004 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (fl. 137); ***iv)*** que COLFONDOS S.A. reconoció pensión de vejez a la demandante bajo la modalidad de retiro programado desde el 1° de septiembre de 2015 (fl. 36); ***v)*** que el 24 de septiembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y anulación de afiliación al RAIS (fls. 46 a 49).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin*

que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever."

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Ahora bien, la Sala considera pertinente señalar que en los procesos donde se debate la ineficacia del traslado de régimen, resulta trascendental determinar la calidad del demandante, por cuanto su situación jurídica varía dependiendo de si se trata de un afiliado o un pensionado. En la Sentencia SL-17595 de 2015, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó de forma expresa que el deber de información comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta *la determinación de las condiciones del disfrute pensional*, extremo límite que a juicio de esta Corporación permite inferir de forma razonable que una vez consolidado el estado pensional, cesa la posibilidad para alegar la falta de información, por cuanto la decisión de solicitar el disfrute de la prestación económica y su posterior reconocimiento constituyen un acto de ratificación de la voluntad de configurar el derecho pensional conforme las características del RAIS.

Además de lo anterior, esa misma Corporación en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021, ratificó la posición anterior y agregó que en estos casos no se trata solamente de reversar el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión sino todas las operaciones, actos, contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Concluye la Corte diciendo que la calidad de pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ROSA JANETH RUIZ TELLEZ se trasladó a AFP COLFONDOS S.A. el 28 de enero de 2004 (fl. 137), que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES y que la AFP COLFONDOS le reconoció una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde el 1° de septiembre de 2015 (fl. 36).

Sea lo primero indicar que esta Sala comparte los fundamentos de la Juez de primera instancia, en cuanto señaló que las AFP, como entidades financieras, desde el mismo instante de su creación fueron responsables de brindar la información completa y compresible sobre las características positivas y negativas de cada régimen pensional, para que los afiliados comprendieran los alcances de la decisión de traslado pensional.

Así las cosas, correspondía a COLFONDOS S.A. acreditar que al momento de la afiliación y durante la relación con la actora, cumplió de forma oportuna dicha obligación de información, siendo a su cargo la carga de la prueba de dicho hecho, por cuanto la posición jurisprudencial de la H. CSJ ha establecido que corresponde a la AFP acreditar su diligencia del deber de información y asesoría al afiliado, demostrando que le indicó las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho y que el mismo podría no solo aumentar sino también disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad relativa a la redención del bono pensional y la edad necesaria para su redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional en RAIS por la edad de los posibles beneficiarios, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP por cuanto un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos.

En el presente asunto, la demandada COLFONDOS S.A. allegó copia del formulario de afiliación que suscribió la actora en enero de 2014, el cual si bien relacionó una manifestación de consentimiento libre e informado, la misma es genérica, por lo que no se le puede tener como prueba contundente de que se le brindaron los suficientes elementos de juicio para que la actora emitiera una decisión consciente y debidamente informada, tal y como señaló en su momento la Juez de primera instancia.

A pesar de que la AFP no acreditó el cumplimiento de la obligación de información y asesoría al momento del traslado, la Juez indicó que la actora ejecutó acciones posteriores a su afiliación que permiten inferir que ratificó su decisión de permanecer en el RAIS, ya que permaneció en dicho régimen por un extenso periodo desde 2004 y adicionalmente solicitó y obtuvo por parte de la AFP el reconocimiento de su pensión de vejez.

Respecto del primer hecho, a juicio de esta Sala, de la mera permanencia en el RAIS no se puede inferir el cumplimiento del deber de información por la AFP; por cuanto lo que debe valorarse es si la AFP desplegó o no acciones concretas para dar a conocer al afiliado las características de cada régimen pensional, ya sea al momento del traslado o durante su afiliación, acciones que no pueden acreditarse con el mero paso del tiempo.

Frente al segundo hecho, es preciso señalar que la solicitud y reconocimiento de la pensión de vejez se trata de un nuevo acto jurídico, adelantado entre la actora y la AFP, en el cual se realizó una reasesoría a la actora sobre las características del RAIS, sus ventajeas, desventajas y diferentes modalidades de pensión, luego de lo cual la demandante manifestó su consentimiento expreso para la negociación de su bono pensional y facilitó toda la documental necesaria para consolidar su estatus de pensionada. Dichas circunstancias permiten inferir de forma razonable que la actora

ratificó su voluntad de permanecer y pensionarse en el RAIS, sin que manifestara oposición alguna o deseo de retornar al RPM, lo cual desembocó en que le fuera reconocida su pensión, en la modalidad de retiro programado, a partir del 1° de septiembre de 2015.

Adicionalmente a la anterior ratificación, la Sala recuerda que no es dable equiparar las condiciones de afiliado y pensionado. Al respecto, en la sentencia C-841 de 2003, la H. Corte Constitucional declaró exequible el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, norma que solo permite a los afiliados el traslado de AFP y no a los pensionados, por cuanto consideró que permitir dicha movilidad a estos últimos afectaría la sostenibilidad financiera del sistema por el incremento de gastos administrativo y el desincentivo de inversiones a largo plazo que quedaría sometidas a que el pensionado no decida trasladarse.

Considerando la precitada sentencia y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se citó precedentemente, esta Sala concluye que es constitucionalmente válido limitar el traslado de pensionados entre AFP, con mayor razón debe restringirse el traslado de régimen pensional de los mismos, incluso sí no se acredita que al momento del traslado la AFP hubiera cumplido con su deber de información, toda vez que el reconocimiento de la pensión es un acto que ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, tal y como ya se explicó, sumado al hecho que permitir el cambio de régimen de los pensionados desconocería el principio de exclusividad de los regímenes, a la vez que conllevaría a afectar a terceros de buena fe, como lo es el caso de las compañías aseguradoras que emiten las pólizas de renta vitalicia y los terceros que adquirieron en el mercado de valores el bono pensional que fue negociado de forma anticipada, entre otros muchos, tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones sobre la materia.

En conclusión, y dado que la actora ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez, trámite durante el cual no manifestó ninguna oposición o deseo alguno de trasladarse al RPM, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que definió que no se cumplen los presupuestos normativos para declarar la ineficacia del traslado de la demandante, quien ostenta la condición de pensionada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0187-2021
Radicado N° 04-2019-00384-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S.** contra la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró entre las partes un contrato de trabajo a término indefinido del 04 de marzo de 2013 al 31 de agosto de 2017 y condenó al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria, aportes a pensión, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 155 a 157, 38:18 cd fl. 154).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 11).**

MELY MAILIN GUZMÁN MORALES solicito declarar que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo y que el empleador incumplió con sus obligaciones, en consecuencia, condenar al pago de aportes a seguridad social, salarios, trabajo suplementario, recargos, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido indirecto, indemnización

moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita,* intereses corrientes y de mora, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue vinculada verbalmente en el cargo de *líder de calidad y coordinador operativo de ambulancias* de la demandada el 04 de marzo de 2013 y que el 21 de julio de 2013 suscribió un contrato de prestación de servicios a 6 meses con un pago mensual de $1.000.000. Aseguró que cuando venció el plazo anterior, las partes acordaron verbalmente que la relación fue laboral desde su inicio el 04 de marzo de 2013, con una remuneración mensual de $7.000.000 y que se realizaría el reajuste del salario y prestaciones sociales; que siguió prestando su servicio hasta el 31 de agosto de 2017, fecha en la cual la demandante terminó de forma verbal su contrato por el sistemático incumplimiento de la demandada de sus obligaciones. Manifestó que su servicio siempre fue personal y bajo instrucciones de los directivos de la empleadora, omitiendo la demandada realizar la afiliación a seguridad social y el pago de las prestaciones sociales ni los salarios causados durante la relación. Indicó que de forma paralela al servicio dado a la demandante desarrolló otra vinculación laboral con CONFACUNDI porque no tenía cláusula de exclusividad.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 96 a 101).**

TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S. se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al contrato de prestación de servicios. Indicó que la única relación que existió entre las partes fue el contrato de prestación de servicios profesionales y tras su finalización el representante legal de la demandada JOSÉ BERNARDO CRISTANCHO y la demandante inició una unión marital de hecho, cuya sociedad patrimonial fue liquidada judicialmente, siendo falso que se hubiera acordado un contrato verbal de trabajo por un salario alto de $7.000.000 porque la sociedad no maneja dicho tipo de contratación, siendo la actividad de la actora reflejo de la ayuda mutua que como compañera del representante legal, comunidad de vida que dio frutos económicos que ya fueron debidamente repartidos

por autoridad judicial, en donde se reconoció el valor patrimonial de la colaboración y ayuda mutua que los compañeros desarrollaron durante su unión, sin que la actividad de la actora en la sociedad demandada hubiera sido subordinada, atada a horario ni mucho menos remunerada, motivo por el cual fue incluida en el acuerdo económico que aprobó el Juez de Familia, al mismo tiempo, la demandante se vinculó con contrato de prestación de servicios con COMFACUNDI y es ilógico que un trabajador aseguré que duró 4 años seguidos sin sueldo, siendo el representante legal responsable económico de la demandante no como empleador sino como su compañero permanente quien inclusive pagó deudas de la demandante. Interpuso la excepción de inexistencia del contrato.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 155 a 157, 38:18 cd fl. 154).

El 12 de noviembre de 2020, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre MELY MAILIN GUZMÁN MORALES y TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 04 de marzo de 2013 al 31 de agosto de 2017, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S. a pagar a favor de la demandante MELY MAILIN GUZMÁN MORALES los siguientes valores:* ***i)*** *por concepto de salarios insolutos la suma de $43.636.319,* ***ii)*** *cesantías $3.961.255,* ***iii)*** *intereses a las cesantías $427.170,* ***iv)*** *prima de servicios $3.961.255,* ***v)*** *compensación de vacaciones $1.656.789 suma que deberá ser indexada,* ***vi)*** *sanción por no consignación de cesantías $38.831.658.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S. por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 CST a pagar la cantidad diaria de $24.590 desde el 1° de septiembre de 2017 y hasta cuando se efectúe el pago de salarios y prestaciones.* ***CUARTO: CONDENAR*** *a la demandada TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S. a pagar a favor de la demandante MELY MAILIN GUZMÁN MORALES los aportes para pensión al fondo al que se encuentre afiliada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***QUINTO: ABSOLVER*** *a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por MELY MAILIN GUZMÁN MORALES.* ***SEXTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de inexistencia del contrato propuesta por la demandada.*

SÉPTIMO: CONDENAR *en costas a la parte demandada y en favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV. (...)".*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo por los extremos reclamados y procedencia de acceder a las demás pretensiones.

Para resolver indicó que el contrato de trabajo y sus elementos esenciales son definidos en los artículos 22 y 23 CST y el artículo 24 CST consagró la presunción de que todo servicio personal esta regido por un contrato de trabajo y corresponde al demandado desvirtuar tal presunción. Señaló no haber duda sobre la prestación del servicio porque se aportó copia del contrato de prestación de servicios, certificación de servicios y el representante legal de la demandada confesó que si se prestó y las declaraciones de las testigos JHOANNA ASTRID MUNEVAR OCHOA, VERÓNICA LISETH DURAN BUSTOS y MARÍA TERESA PARRA RODRÍGUEZ coinciden en que la demandante realizó actividades para la demandada y que no había horario en el otro trabajo de la demandante en COMFACUNDI, a la vez que la testigo LEIDY CAROLINA SOTO HERNÁNDEZ afirmó que la demandante era la jefe de calidad de la demandada y era la responsable de la auditoria y siempre actuó desde gerencia y a pesar de no ir todos los días le enviaba correos cada 1 o 2 días indicando las actividades que debía hacer y la testigo MARÍA YOLANDA BALLESTEROS también reconoció a la demandante como jefe de calidad e indicó que laboró hasta agosto de 2017, sin que las impresiones de correos electrónicas fuera tachadas de falsas, por tanto no se desvirtuó la presunción ante la falta de autonomía de la demandante, sin que la existencia de una relación sentimental entre la demandante y el representante legal de la demandada desvirtúe la relación laboral, por ende, declaró que entre el 04 de marzo de 2013 al 31 de agosto de 2013 el salario fue de $1.000.000, que en octubre de 2013 fue de $7.000.000 y en los demás meses de 1 SMLMV por no existir prueba de su monto, condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión

por toda la relación laboral, condenó a la sanción por no consignación de cesantías y sanción moratoria porque no hubo motivo plausible de justificación del desconocimiento de los derechos laborales, absolvió del pago de trabajo suplementario, indemnización por despido e indemnización plena de perjuicios por insuficiencia probatoria, accedió a la indexación de las vacaciones y condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S.** solicitó revocar la condena. Indicó que la demandante no acreditó la existencia de un contrato laboral, porque alegó que la relación inició en 2013 pero de forma contradictoria indicó que empezó luego de vencido el contrato de prestación de servicios que finalizó en enero de 2014 y señaló que la relación terminó el 31 de agosto de 2017 y para esa fecha la demandante estaba en CARTAGENA; de otra parte, la certificación aportada es de servicios y no laboral y conforme los testimonios e interrogatorio de parte se expidió como un favor. Aseguró que los correos electrónicos no fueron emitidos cumpliendo funciones de un rol laboral sino como colaboración de la demandante en la empresa de su compañero permanente ante los eventuales problemas que se presentaban y cuando lo requirió su compañero y luego la demandante radicó demanda de declaración de sociedad patrimonial de hecho y liquidación de sociedad patrimonial reclamando como activo la valorización de la empresa durante el tiempo que duró la convivencia que son los mismos extremos alegados como presunta duración del contrato de trabajo. Señaló que los múltiples testimonios no tienen unanimidad frente las condiciones de prestación del servicios, que no se demostró una contraprestación salarial y que la ayuda entre compañeros no equivale a servicio personal, tampoco se estableció que la demandante cumpliera horario y ninguno de los testigos de la demandante laboró en la sociedad demandada y por ello no podía conocer las supuestas funciones de la demandante ni horarios y ninguno indicó que la demandante le hubiera reclamado

salarios a su compañero permanente y no se estableció subordinación[1] (40:19 cd fl. 154).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo, por cuanto el *a quo* no conocía el expediente, que durante el interrogatorio de parte de la demandante fue requerida varias veces por la Juez para que indicara la verdad ya que afirmó que

---

[1] Interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por este Despacho en todo lo relacionado con el fallo en contra de la pasiva, por tanto, me dirigió a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. En primer lugar, la parte activa dentro de este proceso no logró probar la existencia de un contrato laboral, tenían como prueba un contrato de prestación de servicios y una certificación que fue la prueba que argumentó la relación laboral con la parte pasiva y no hubo precisión dentro de los extremos laborales ya que ellos afirmaban que empezó el 04 de marzo de 2013 cuando había terminado el contrato de prestación de servicios firmado por 6 meses, pero ese contrato tenía fecha de inicio del 21 de julio de 2013, según lo anterior la supuesta relación laboral que según la activa fue por un acuerdo verbal tendría lógica y según los hechos de la demanda inicio el 21 de enero de 2014, además que se da por fecha de terminación del contrato el 31 de agosto de 2017, fecha para la cual al señora GUZMÁN se encontraba viviendo en la ciudad de Cartagena y no podía prestar personalmente sus labores. Segundo, la certificación que aporta la parte pasiva como prueba de una relación laboral no es una certificación laboral sino de prestación de servicios, que afirma que la señora MELY MAILIN GUZMÁN MORALES prestaba sus servicios como asesora en calidad, en ningún lugar dicha especificación especifica una clase de contrato laboral o un horario, aunado a lo anterior señores magistrados, como se pudo establecer en los testimonios e interrogatorio de parte dicha certificación se expidió por un favor del señor CRISTANCHO a su compañera permanente para que esta solicitara un crédito bancario, por eso el valor agregado a la prestación de servicios y la extensión de la fecha de inicio del contrato, porque con esa certificación ella podría solucionar una liquidación conyugal con su exmarido para poder lograr la propiedad de un inmueble. Tercero, la demandante aporta unos correos electrónicos con los cuales pretende hacer creer que realizaba funciones de acuerdo con su contrato laboral pero quedó probado que estos correos o tareas eran realizadas por colaboración de la señora MAILIN que prestaba en la empresa de su compañero permanente porque al finalizar el contrato de prestación de servicios entre las partes, que inició el 21 de julio de 2013 y terminó el 21 de enero de 2014, la señora GUZMÁN decidió de manera voluntaria colaborar con la empresa en eventuales problemas que se presentaran y que su compañero permanente le manifestaba y por esa ayuda mutua y comunidad de vida, según lo que se estableció por la sentencia SL293 de 2020, aunado a lo anterior, señores Magistrados la demandante impetró demanda de declaración de sociedad patrimonial de hecho y posterior liquidación de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y en dicha demanda mencionó como activos de la sociedad la valorización de la empresa durante el tiempo que duró la unión marital de hecho con mi cliente, que son los mismos extremos laborales que quiso hacer pretender dentro de esta demanda. Aunado a lo anterior, entre los múltiples testimonios escuchados no existe unanimidad frente las condiciones de subordinada en la que prestó el servicio la actora, tampoco se logró se logró demostrar que existiera una contraprestación salarial y no se puede atribuir que la ayuda mutua entre compañeros permanentes se deba entender como una prestación del servicio, razón por la cual no se encuentran demostrados los 3 elementos del contrato y ni siquiera hay una presencia laboral. Tampoco se pudo establecer que la parte activa cumplía un horario en una jornada habitual para constituir una relación laboral, razón por la cual considero que hay un error por parte del operador judicial al momento de valorar las pruebas que fueron calificadas dentro de este proceso. Aunado a lo anterior, señores Magistrados, los testimonios aportados por la demandante carecen de toda confiabilidad en el sentido que ninguna de estas personas laboro en la empresa TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA y no podía saber las funciones que supuestamente realizaba la seora GUZMÁN y no podían ser fieles testigos de los horarios de trabajos en los que la señora MAILIN prestaba las funciones dentro de la empresa, no podía afirmar que vieron a la señora GUZMÁN requiriendo al señor CRISTANCHO los supuestos salarios adeudados, cosa tal que si hubiera ayudado a probar una subordinación. Por último, señores magistrados, la parte activa dentro de este proceso careció de acervo probatorio para establecer que entre las partes existió un contrato laboral, no pudo probarse que existiera una subordinación, no pudo probarse que existiera un horario de trabajo establecido y por lo anterior, señores magistrados, les imploro tengan en cuenta esta apelación que se hace ante este Despacho, muchas gracias señor Juez.

laboraba 4 a 5 días a la semana después de terminar su otro trabajo, también los fines de semana y festivos sin descansar un solo día ni recibir un peso en 4 años y que incluso le prestó dinero a la empresa, siendo que la demandante y el dueño de la empresa fueron compañeros permanentes y se liquidó la sociedad patrimonial y la demandante recibió $25.000.000 por valorización de la empresa de su compañero, siendo no valorado el testimonio de MARÍA ESPERANZA ROJAS BALLESTEROS en el sentido de que informó que todos los fines de semana la demandante y su compañero estaban en Guachetá lo cual desvirtúa que la actora laborara fines de semana y festivos, siendo que si fueron valorados los testigos de oídas de la demandante mientras que no se apreció que los testigos de la parte pasiva si dieron fe que la actora solo prestaba una colaboración al compañero permanente e indicaron que la certificación que emitió JOSÉ BERNARDO CRISTANCHO fue un favor a su compañera. Agotado el término de traslado la apoderada de la **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer la procedencia de revocar la sentencia de primera instancia, para lo cual se debe determinar si le asiste derecho a la demandante a declarar que las partes existió un contrato de trabajo y a las demás pretensiones reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** el 21 de julio de 2013 la demandante **MELY MAILIN GUZMÁN MORALES** y la demandada

TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S. celebraron contrato de prestación de servicios profesionales (fl. 15 a 17).

- **Principio de Primacía de la Realidad sobre las Formas y el Contrato de Trabajo.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en

las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, entre otras.

No son pocos los conflictos en los cuales se controvierte la naturaleza de un contrato o relación para declarar que en realidad tiene naturaleza laboral, en especial respecto de los contratos de prestación de servicios personales. Sobre el tema, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha señalado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de manera autónoma e independiente, sin que la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, impliquen necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4347 de 2020, SL2626 de 2021, SL3324 de 2021, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró entre las partes un contrato de trabajo a término indefinido del 04 de marzo de 2013 al 31 de agosto de 2017 y condenó al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria, aportes a pensión, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

La demandada **TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que hay contradicción en los extremos temporales reclamados por la demandante, que la certificación aportada no es laboral y fue un favor; que los correos que envió la demandante fueron para colaborar a la empresa de su compañero permanente y que ésta presentó demanda

solicitando la liquidación de la sociedad patrimonial incluyendo como activo la valoración de la empresa demandada durante el tiempo que duró la convivencia, que es el mismo tiempo que reclama por contrato de trabajo, además los testigos de la demandante no son unánimes en las condiciones del servicio y ninguno de ellos laboró en la demandada y por ello no podía conocer las supuestas funciones u horario de la actora, que no se demostró contraprestación salarial y que la ayuda entre compañeros no es un servicio personal, que no se estableció que la demandante prestara horario ni subordinación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación de la demandada, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, el artículo 22 CST define al contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación, a cambio de un salario; por su parte, el artículo 23 CST consagra los elementos esenciales de este contrato: la actividad personal, la continua subordinación y un salario.

A su vez, el artículo 24 CST estable la presunción legal de que todo trabajo personal se rige por un contrato de trabajo, por tanto, al promotor del proceso le basta con demostrar la prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción y será carga de la contraparte desvirtuar la misma demostrando que no se reúnen los elementos restantes del contrato de trabajo. Lo anterior materializa el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral y de la seguridad social, consagrado en el artículo 53 constitucional.

En el presunto asunto se allegó copia del contrato de servicios independientes suscrito entre las partes el 21 de julio de 2013 (fl. 15 a 17), hecho que fue aceptado como cierto por la demandada (fl. 96) y que ratificó expresamente JOSÉ BERNARDO CRISTANCHO en su calidad de representante legal de la pasiva (30:35 cd fl. 148), siendo importante destacar que la cláusula segunda de dicho contrato fijó una vigencia de 6 meses, mientras que como objeto se pacto que la

demandante prestaría el servicio de *líder de calidad y coordinador operativo de ambulancias.*

De otra parte, la demandante aportó copia impresa de treinta y seis (36) correos electrónicos, en los cuales fue relacionado su email mailinguzman@yahooo.com.ar ya fuera como emisor o destinatario, los cuales fueron enviados entre el 30 de agosto de 2013 y el 02 de septiembre de 2017 (fl. 19 a 69). También se allegó copia de certificación emitida el 08 de octubre de 2013 emitida por el representante legal de la demandada, en la cual se relacionó que la demandante presta servicios desde el 04 de marzo de 2013 (fl. 18).

Los anteriores medios de prueba permiten concluir que la demandante acreditó que prestó su servicio personal y por ello se beneficia de la presunción de existencia de contrato de trabajo del artículo 24 CST, correspondiendo a la demandada desvirtuarla demostrando que no se reúnen los elementos restantes del contrato, tal y como ha sostenido la H. CSJ en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, entre otras.

La parte demandada indicó que entre las partes únicamente existió el contrato de prestación de servicios suscrito el 21 de julio de 2013 vigente por 6 meses (fl.15 a 17) y las actividades que realizó la demandante con posterioridad fueron actos de colaboración con su compañero permanente quien era el representante legal y dueño de la sociedad demandada, sin que la ayuda entre compañeros pueda considerarse un servicio personal.

Sobre dicho punto particular de reproche observa la Sala que se allegó copia de la demanda ordinaria de declaración, disolución y liquidación de sociedad patrimonial de hecho que la aquí demandante instauró contra JOSÉ BERNARDO CRISTANCHO, representante legal y socio de la sociedad demandada, por la cual solicitó declarar que entre el 21 de julio de 2013 y el 10 de julio de 2017 existió una unión

marital de hecho, la cual finalizó porque la demandante se trasladó a la ciudad de Cartagena a causa de la infidelidad de su compañero, asegurando la promotora del litigio que durante la unión adquirió con su compañero el incremento del parque automotor de la sociedad aquí demandada y que dicha situación debía ser considerada al momento de liquidar la sociedad de hecho, demanda que conoció el Juzgado 31 de Familia de Bogotá D.C. (fl. 104 a 111).

También se aportó copia en audio de la providencia proferida el 26 de junio de 2018 por el precitado Juzgado de Familia, por la cual aprobó la conciliación entre las partes por la cual reconocieron que entre ellas existió una unión marital de hecho del 21 de julio de 2013 al 10 de julio de 2017 y JOSÉ BERNARDO CRISTANCHO le reconoció como efectos patrimoniales de dicha unión a la aquí demandante la suma de $25.000.000 (06:45 cd fl.102).

Los anteriores medios de prueba resultan relevantes, por cuanto permiten acreditar que la demandante ostentó la calidad de compañera permanente de JOSÉ BERNARDO CRISTANCHO e inclusive reclamó judicialmente para efectos de la liquidación de la sociedad patrimonial incluir el incremento en los vehículos de la sociedad **TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S.** alegando una sociedad de hecho con el dueño de dicha sociedad, quien también funge como su representante legal.

Tal circunstancia permite desvirtuar la existencia de una relación de trabajo regulada por el derecho laboral ante la ausencia de subordinación.

En efecto, la H. CSJ analizó el concepto de *subordinación* en la sentencia SL1439 de 2019, señalando que es el elemento fundamental para establecer si hay contrato de trabajo, entendido como la facultad del empleador de dirigir y controlar la fuerza laboral, por cuanto el empleador asume la prerrogativa de controlar la actividad y

comportamiento del trabajador al punto de que la Ley faculta al empleador para vigilar y sancionar su conducta.

De otra parte, la H. CSJ ha adoptado la regla jurisprudencial por la cual en casos de duda sobre la existencia o no de contrato de trabajo ha de acudirse a los *indicios de determinación de relación subordinada* de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), conforme la regla jurisprudencial adoptada por la H. CSJ en las sentencias SL4479 de 2019, SL5042 de 2020, SL1439 de 2021, SL2955 de 2021, SL2960 de 2021, SL3345 de 2021 y SL3436 de 2021.

La anterior regla jurisprudencial establece que el artículo 23 CST solo estableció una lista enunciativa y no taxativa de los criterios para determinar su hay relación subordinada de trabajo, muchos de los cuales fueron recogidos en la Recomendación 198 de la OIT y que han sido acogidos por la H. CSJ en distintas providencias para resolver las controversias sobre contrato realidad.

En el presente asunto la demandada allegó pruebas que lograron desvirtuar los indicios de determinación de relación subordinada recogidos por la Recomendación 198 de la OIT.

En primer lugar, desvirtuó el indicio de *exclusividad*, por cuanto la demandante reconoció en su interrogatorio que tenía un contrato de trabajo con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA – COMFAMILIA con un horario de lunes a viernes de 7am a 5pm de lunes a viernes (55:10 cd fl. 148), circunstancia que fue ratificada por todas las testigos cuya comparecencia solicitó la parte demandante JHOANNA ASTRID MUNEVAR OCHOA (05:58 cd fl. 154), VERÓNICA LISETH DURÁN BUSTOS (35:03 cd fl. 154) y MARÍA TERESA PARRA RODRÍGUEZ (57:48 cd fl. 154) y finalmente la demandada allegó certificado laboral expedido el 03 de enero de 2014 por COMFAMILIA (fl. 127).

En segundo lugar, desvirtuó el indició de *un solo beneficiario del servicio*, por cuanto la demandada aportó copia en audio de la providencia dictada por el Juez 31 de Familia de Bogotá D.C., por la cual resolvió la demanda que la aquí demandante interpuso en contra de su compañero permanente representante legal y socio de la demandada reclamando que fuera incluido el aumento patrimonial de la sociedad en la liquidación de la sociedad patrimonial (cd fl. 102), de lo cual se concluye que las actividades desarrolladas por la demandante lo fueron para su propio beneficio por cuanto el aumento patrimonial de la sociedad demandada repercutió en gananciales a su favor por $25.000.000

En tercer lugar, desvirtuó el indicio de *cumplimiento de una jornada u horario de trabajo*, por cuanto la sociedad demandada solicitó la practica de los testimonios de LEIDY CAROLINA SOTO HERNÁNDEZ, quien si bien identificó a la demandante como la auditora de calidad, también señaló que iba por días a la empresa en atención a que era la *esposa del jefe* y por eso estaba bajo su coordinación (21:22, 29:35 cd fl. 154), mientras que MARÍA YOLANDA BALLESTEROS indicó durante el tiempo que laboró en la sociedad demandada de marzo de 2016 a marzo de 2017 de 8am a 5pm de lunes a viernes y el sábado de 8am a 1pm, la demandante iba esporádicamente a la empresa como jefe de calidad y revisaba que todo estuviera en orden y que el personal estuviera cumplimento y luego se iba con su compañero permanente, quien era hermano de la testigo (01:32:58, 01:40:31 cd fl. 154).

Por su parte los testimonios solicitados por la parte demandante fueron coincidentes en indicar que no les constó de forma directa si la demandante tenía jornada u horario de trabajo con la demandada, por cuanto JHOANNA ASTRID MUNEVAR OCHOA indicó expresamente que nunca vio a la demandante laborando en la demandada (13:35 cd fl. 148); VERÓNICA LISETH DURAN BUSTOS, afirmó que fue en solo 2 oportunidades con la actora a la sociedad demandada pero que no le constaba su horario salvo en las 2 oportunidades que asistió (42:00

cd fl. 148) y finalmente MARÍA TERESA PARRA RODRÍGUEZ aseguró no constarle el horario de la demandante asegurando que iba en las tarde porque la propia actora le decía que todos los días salía de COMFACUNDI a trabajar en la sociedad y que también iba los sábados y domingo, siendo por tanto una testigo de oídas (01:06:09 cd fl. 148).

En cuarto lugar, desvirtuó el indicio de *continuidad en el trabajo*, por cuanto frente a la manifestación de la demandante de que salía de COMFACUNDI de lunes a viernes a las 5pm para acto seguido dirigirse a laborar en instalaciones de la demandada y también los fines de semana y festivos (55:10 cd fl. 148), presentó como pruebas en contra los testimonios de LEIDY CAROLINA SOTO HERNÁNDEZ y MARÍA YOLANDA BALLESTEROS, personas que laboraron en la sociedad demandada y quienes de forma coincidente indicaron que la promotora del litigio asistía de forma ocasional (21:22, 29:35, 01:32:58, 01:40:31 cd fl. 154), a la vez que la señora MARÍA ESPERANZA ROJAS BALLESTEROS indicó que como trabajadora desde 2013 en la finca de su primo JOSÉ CRISTANCHO en Guachetá observó que la demandante, como compañera sentimental de su primo, asistía con este a la Finca los fines de semana y festivos (47:40 cd fl. 148).

El dicho de las anteriores testigos no solo desdice la afirmación de la demandante de que durante los más de 4 años que duró la presunta relación laboral con la demandada tenía un horario de trabajo de lunes a viernes después de salir de COMFACUNDI y los fines de semana y festivos, sino que también resulta acorde con los notorios plazos que existieron entre varios de los correos que allegó la parte actora como prueba de su labor, entre los cuales no es difícil encontrar lapsos mayores a 30 días e inclusive se observan periodos de 95, 86, 131, 127 o 160 días de solución de continuidad (fl. 19 a 69):

Fl.	Fecha email	Asunto	Días entre cada email
19-21	30/08/2013	Notificación visita de habilitación	19
24-25	18/09/2013	Incluir tarjeta propiedad ambulancia	1
22-23	19/09/2013	Reporte de información a la Supersalud	40
26-29	29/10/2013	Archivos de contadora de la demandada	22
31	20/11/2013	Liquidación tasa supervisión y control	19
32	9/12/2013	Invitación foro Supersalud	29
33-34	7/01/2014	Copia diploma	12

43	19/01/2014	Cuadro entrega turnos	61
35	21/03/2014	Disponibilidad vehículos para Unicajas	37
36	27/04/2014	Situación de avanteles y entrega de turno	5
37	2/05/2014	Cuadro entrega turnos	55
38	26/06/2014	Cuadro entrega turnos	19
39	15/07/2014	Documentos tripulación	38
40	22/08/2014	Cuadro entrega turnos	12
41	3/09/2014	Cuadro entrega turnos	95
42	7/12/2014	Cuadro entrega turnos	86
44	3/03/2015	Cuadro entrega turnos	52
45	24/04/2015	Cuadro entrega turnos	34
46	28/05/2015	Cuadro control	95
47	31/08/2015	Cuadro control	13
48	13/09/2015	Cuadro entrega turnos	25
49	8/10/2015	Cuadro entrega turnos	160
53	16/03/2016	Programa nacional de reactivovigilancia	32
54	17/04/2016	Cuadro control	131
55-58	26/08/2016	Solicitud anulación registro	5
59	31/08/2016	retroalimentación satisfacción usuario	12
60	12/09/2016	Respuesta solicitud anulación registro	127
50	17/01/2017	Destrucción medicamentos control especial	9
61	26/01/2017	Invitación socialización circular externa	14
51-52	9/02/2017	Plataforma SIRAS	1
62	10/02/2017	Invitación curso soporte vital	101
63	22/05/2017	Envio formato capacidad vehicular	40
64-65	1/07/2017	Envio propuesta	61
66	31/08/2017	Envio información Supersalud	1
69	1/09/2017	Respuesta programa reactivovigilancia	1
67-68	2/09/2017	Nominación exclusión tecnologías	n/a

En quinto lugar, desvirtuó el indicio de *realización del trabajo en locales o lugares definidos por el beneficio del servicio* y del *suministro de herramientas y materiales*, por cuanto la testigo LEIDY CAROLINA SOTO HERNÁNDEZ, en su calidad de coordinadora de ambulancias de la demandada (28:30 cd fl. 154) afirmó que la demandante no tenía puesto de trabajo y que cuando asistía esporádicamente no tenía escritorio ni oficina y por eso usaba el computador del gerente que era su pareja sentimental (24:30 cd fl. 154), circunstancia que ratificó la testigo MARÍA YOLANDA BALLESTEROS quien indicó que la demandante no tenía puesto de trabajo porque ingresaba directamente a la oficina de su esposo (01:42:14 cd fl. 154).

Finalmente, conforme las reglas de la sana crítica, en especial las de la experiencia, para la Sala merece gran persuasión para determinar que la pasiva desvirtuó la existencia de una actividad subordinada el hecho de que la demandante reclamó en sede judicial la existencia de una unión marital de hecho con el representante legal y dueño de la sociedad demandada alegando los extremos temporales que también aseguró fueron los extremos del contrato de trabajo, circunstancia de la cual concluye la Sala que el tiempo de servicio alegado corresponde al tiempo de proyecto de vida singular y

permanente de la unión marital que en su momento sostuvo la actora del litigio y el representante legal de la sociedad, circunstancia que conlleva connaturalmente a actividades de apoyo mutuo por las cuales la demandante ya percibió gananciales.

Así mismo, amerita gran persuasión la conducta desplegada por la parte pasiva, quien desde el inició planteó que nunca canceló sueldo ni ningún tipo de retribución a la demandante por el apoyo prestado, llamando la atención de la Sala que resulta contrario a las reglas de la experiencia que un trabajador permanezca al servicio de un empleador por más de 4 años seguidos sin devengar salario alguno u otro tipo de derecho laboral y que reclamé los mismos una vez cesa la unión marital de hecho con el dueño de la sociedad que identifica como su empleadora.

Por todo lo anteriormente planteado, concluye la Sala que la parte demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo, lo que conlleva a revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver de todas las pretensiones elevadas, por cuanto la procedencia de todas ellas partía de la base de declarar un contrato de trabajo entre las partes, sin que exista mérito para ello.

Costas de primera instancia a cargo de la demandante y deberán ser tasadas por el *a quo*, sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **TRANSPORTES MÉDICOS DE COLOMBIA S.A.S.** de todas las pretensiones elevadas en su contra por la demandante **MELY MAILIN GUZMÁN MORALES**, conforme la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: COSTAS de primera instancia a cargo de la demandante **MELY MAILIN GUZMÁN MORALES** y deberán ser tasadas por el *a quo*. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0203-2021

Radicado N° 05 2019 00453 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada sobre la sentencia proferida el nueve (9) de junio de 2020 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por la Policía Nacional al actor y la pensión por aportes a cargo de la demandada y condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión por aportes en favor del actor siempre y cuando ésta sea más favorable que la prestación reconocida por la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GERMAN OBDULIO MORALES MUÑOZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de

que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión definida en la Ley 71 de 1988 por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, junto con el retroactivo pensional causado y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 8 de marzo de 1949; que ingresó como personal civil a la Policía Nacional el 1° de enero de 1978 y se desempeñó como médico de la institución; que permaneció al servicio de la Policía por 22 años, 4 meses y 20 días; que se retiró de la entidad el 25 de enero de 2000; que el único lugar donde prestó servicios fue en el Hospital Central de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional; que por el tiempo servido a dicha entidad no se le efectuaron aportes a ningún fondo público ni privado por pertenecer al régimen especial definido en la Ley 1214 de 1990; que mediante Resolución N° 01863 del 10 de mayo de 2000, la Policía Nacional le reconoció una pensión de jubilación en cuantía inicial de $1.262.968. Afirma además que el 1° de mayo de 1979, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, que realizó cotizaciones a dicha entidad con la Clínica San Rafael, la Caja de Previsión Social Distrital y como trabajador independiente; que el día 26 de febrero de 2016, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez; que mediante Resolución GNR 193355 del 30 de junio de 2016, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión aduciendo la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la de vejez, que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión, recursos que fueron resueltos de manera desfavorable mediante Resoluciones GNR 259221 del 31 de agosto de 2016 y VPB 36208 del 19 de septiembre de 2016. Aduce que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumple los requisitos definidos en la ley 71 de 1988, pues cuenta con más de 31 años de servicio equivalentes a 1.621,87 semanas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la calidad de pensionado del actor por parte de la Policía Nacional, las cotizaciones realizadas a la entidad, la edad, las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de las actuaciones de COLPENSIONES, falta de causa para pedir y prescripción (fls. 67 a 76).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de junio de 2020, declaró la incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por la Policía Nacional al actor y la pensión por aportes y condenó a la demandada COLPENSIONES a reconocer la pensión por aportes en favor del actor siempre y cuando ésta sea más favorable que la prestación reconocida por la Policía Nacional. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INCOMPATIBILIDAD** entre la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Defensa al señor GERMAN OBDULIO MORALES MUÑOZ, y la pensión de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer GERMAN OBDULIO MORALES MUÑOZ, una pensión de jubilación por aportes a partir del 1° de marzo de 2016, liquidada conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicando una tasa de remplazo del 75%, solo si y siempre y cuando, ésta sea superior en su monto a la percibida por el demandante por pensión de jubilación del Ministerio de Defensa. Este reconocimiento se hará a partir del 1° de marzo de 2016 y*

se autoriza a COLPENSIONES a descontar de dicha prestación los aportes al sistema de seguridad social en salud. ***TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA*** *la excepción de incompatibilidad de la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Defensa y la pensión de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988.* ***CUARTO: COSTAS*** *a cargo de COLPENSIONES. Inclúyase en la liquidación de costas la suma de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes."*

El Juez definió el problema jurídico en establecer si la pensión por aportes definida en la Ley 71 de 1988, reclamada por el demandante, es compatible con la pensión de jubilación reconocida por la Policía Nacional. Para resolverlo indicó que en principio este tipo de prestaciones son compatibles; sin embargo, en el caso del actor no puede definirse la compatibilidad entre estas prestaciones debido a que reclama el reconocimiento de la pensión definida en la Ley 71 de 1988 y no en el Acuerdo 049 de 1990, dijo que en este caso el actor pretende causar la pensión con cotizaciones efectuadas por empleadores del sector público y por ello está incurso en la prohibición definida en el artículo 128 de la Constitución. Consideró además que lo único procedente es condenar al eventual reconocimiento de la pensión definida en la Ley 71 de 1988 solo en caso de que ésta resulte más favorable a la reconocida por la Policía Nacional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la sentencia, se declare la compatibilidad entre las prestaciones y se acceda a las pretensiones como fueron solicitadas en la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el actor no se encuentra inmerso dentro de la prohibición definida en el artículo 128 de la Constitución por cuanto la pensión reconocida por la Policía Nacional corresponde a un régimen de excepción que es compatible con el sistema y además porque las cotizaciones que realizó a COLPENSIONES y otras cajas a través de

diversos empleadores del sector público y privado, corresponden a tiempos distintos a los tenidos en cuenta para la configuración del derecho pensional en la Policía, dice que el demandante en su labor como médico prestó servicios en diversas entidades y son separados de los que prestó en la Policía. Aduce además que la decisión de primera instancia no resulta favorable para el caso del demandante en la medida en que para la pensión de la Ley 71 de 1988 no se tiene en cuenta el tiempo servido a la Policía Nacional[1].

---

[1] *"Gracias señor juez me permito sustentar el recurso de apelación con base en los siguientes argumentos, esto en contra pues del numeral claramente el numeral primero, de la parte resolutiva y sobre lo cual se derivan los demás numerales, todos los cuales también los apelo lo anterior bajo el que no comparte la suscrita apoderada judicial la tesis del despacho judicial relacionada con la incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de defensa mi poderdante y la pensión de jubilación por aportes de que trata la ley 71 de 1988, para lo cual se solicita que se tengan en cuenta los tiempos prestados a las entidades públicas y no solamente los tiempos cotizados a entidades privadas y otras mediante las cotizaciones efectuadas al anterior Instituto de seguros sociales hoy COLPENSIONES, lo anterior porque por cuanto que si bien el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, dice y claramente expresa la incompatibilidad de que nadie puede recibir dos asignaciones más dos asignaciones de del Tesoro Público y se contempla la excepción para las pensiones percibidas por el personal con la asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública, con mayor razón se deberá tener en cuenta la pensión recibida por mi poderdante en el régimen exceptuado como personal civil y es que precisamente el origen de la incompatibilidad la prohibición de la incompatibilidad esta cimentada en no obtener dos asignaciones de recursos públicos, pero cuya causa fuente de reconocimiento sea la misma, es decir la prestación de un mismo servicio y es que mi poderdante no prestó los mismos servicios a la policía y estos mismos tiempos son los que se están computando para las otras entidades públicas para las cuales se solicita la pensión por aportes, dentro de la misma línea de tiempo lo cierto es que tuvieron un origen y una causa diferente no comparte la suscrita apoderada judicial la interpretación de que estos servicios, tengan un objeto asimilable, por cuanto que aquí lo que se está entonces es permitiendo que el Tesoro Público obtenga un beneficio a costa del trabajo, personal que llevó a cabo el demandante tanto en la Policía Nacional como en las demás entidades públicas todas en las cuales en tiempos y jornadas diferentes y extensas el demandante en calidad de médico prestó sus servicios médico y además docente, por lo tanto se rompería el análisis de la incompatibilidad y se estaría generando en este caso el perjuicio, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo a la parte resolutiva de la sentencia, si se ordena que sé que se les reconozca la pensión de jubilación con base a la ley 71 de 1988 no se está ordenando tener en cuenta los tiempos elaborados los tiempos prestados al servicio de la Policía Nacional, entonces esto la el esto digamos esta suma y no permitir que los tiempos de la Policía Nacional no se tengan en cuenta dentro de esta suma pues claramente le genera un perjuicio, claramente se trata de una interpretación que no es favorable que no atiende el principio de favorabilidad reclamada por cuanto que no acá no se está pidiendo y no se solicitó en la demanda, el otorgamiento de la pensión más favorable, sino la compatibilidad entre 2 pensiones son dos pensiones las que se solicitan en la demanda donde los tiempos y los aportes para que se deben tener en cuenta para efectos de la ley 71 y 1988 son completamente diferentes son tiempos que tampoco salen del mismo Tesoro Público, debe que la Policía Nacional precisamente por para ello tiene su régimen exceptuado y los tiempos trabajados en las otras entidades públicas también tienen sus propios regímenes exceptuados. En este sentido consideró pues que la decisión debe ser revocada por el honorable Tribunal Superior de Bogotá para conceder entonces las pretensiones en la forma en que fueron solicitadas en la demanda"*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoquen los numerales 2° y 4° de la sentencia de primera instancia en cuanto la prestación reclamada por el actor no es compatible con la pensión de jubilación que le reconoció la Policía Nacional.

Por su parte la apoderada del demandante solicitó en sus alegatos que se revoque la sentencia de primera instancia, se declare la compatibilidad de las pensiones y se ordene el reconocimiento y pago de la pensión con fundamento en lo definido en la Ley 71 de 1988, al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación y las que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la pensión de jubilación reconocida al actor por la Policía Nacional con fundamento en el Decreto 1214 de 1990, es compatible con la pensión de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988; en tal caso, establecer si el actor cumple con los requisitos definidos en el ordenamiento jurídico para causar el derecho.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 8 de marzo de 1949 (fl. 12);

ii) que el actor se encuentra afiliado a COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 735.43 semanas. Entre el 1° de mayo de 1979 y el 20 de septiembre de 1979 cotizó a través del Hospital San Rafael; entre el 7 de marzo de 1991 y el 11 de febrero de 1992 a través de la Caja Seccional Cundinamarca; entre el 20 de marzo de 1992 y el 25 de octubre de 1992 a través de la Caja Seccional Cundinamarca; entre el 1° de enero de 1996 y el 29 de febrero de 1996 a través de la Caja de Previsión Social Distrital y de manera interrumpida del 1° de noviembre de 2003 al 29 de febrero de 2016 como trabajador independiente (fls. 77 a 90); ***iii)*** que prestó servicios a la Universidad Nacional entre el 1° de febrero de 1979 y el 4 de mayo de 1992, tiempo durante el cual se efectuaron aportes a la Caja de Previsión de la Universidad Nacional (fl. 29); ***iv)*** que prestó servicios al Hospital San Juan de Dios entre el 1° de abril de 1986 y el 10 de diciembre de 1990, tiempo durante el cual se efectuaron aportes al Fondo de Prestaciones Sociales (fl. 40); ***v)*** que prestó servicios a la Caja de Previsión Social Distrital de Bogotá entre el 9 de enero de 1978 y el 2 de marzo de 1978; entre el 7 de octubre de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, tiempo durante el cual se realizaron aportes al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá; y del 1° de enero de 1996 al 15 de febrero de 1996, tiempo durante el cual se realizaron cotizaciones a COLPENSIONES (fl. 49); ***vi)*** que mediante Resolución N° 01863 del 10 de mayo de 2000, la Policía Nacional le reconoció una pensión de jubilación con fundamento en el Decreto 1214 de 1990, teniendo en cuenta el tiempo servido a dicha entidad entre el 1° de enero de 1978 y el 25 de enero de 2000; que dicha prestación se reconoció a partir del 25 de enero de 2000 en cuantía inicial de $1.262.958,26 (fls. 19 y 20); ***vii)*** que el 26 de febrero de 2016, el actor solicitó el COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez y dicha entidad mediante Resolución GNR 193355 del 30 de junio de 2016, negó el reconocimiento del derecho (fls. 21 y 22).

- **Incompatibilidad entre la Pensión de Jubilación por Aportes y la Pensión de Jubilación del Decreto 1214 de 1990**

Desde el punto de vista normativo, el inciso 1° del artículo 279, de la ley 100 de 1993, establece que las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a "*los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto –Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley (...)*"; por su parte, el literal *m)* del artículo 13, adicionado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, dispone que "*Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran*".

Sin embargo, y no obstante la exclusión expresa que contempla la citada norma para los destinatarios del Decreto-Ley 1214 de 1990, no puede la Sala pasar por alto que en cualquier caso, el reconocimiento de estas prestaciones no puede ir en contravía de la previsión establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, el cual prohíbe expresamente, percibir mas de una asignación que provenga del tesoro público. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2599-2021, definió que la prohibición de la norma referida, recae sobre aquellas prestaciones provenientes de la Nación, entidades territoriales y descentralizadas cuando se pagan con cargo a sus recursos, como sucede con las pensiones de jubilación que son reconocidas en cabeza de una entidad descentralizada, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado o aquellas sociedades de economía mixta donde predomina el capital de estatal. Dice la Corte además que la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución, resulta más clara en casos en que para ambas prestaciones concurren simultáneamente tiempos de servicio público, que por el régimen jurídico aplicable no son objeto de compartibilidad.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, concluye la Sala que la prestación que reclama el demandante a cargo del Sistema de Pensiones, resulta incompatible con la pensión de jubilación que le reconoció la Policía Nacional mediante Resolución N° 01863 del 10 de mayo de 2000, con fundamento en el Decreto 1214 de 1990. Si bien, como se advirtió en precedencia este régimen se encuentra exceptuado de las reglas del Sistema General de Pensiones, lo cierto es que dicha prestación se reconoció con base en los servicios que prestó el actor como médico en el Hospital de la Policía entre el 1° de enero de 1978 y el 25 de enero de 2000 (fls. 19 y 20), y los tiempos que pide sean tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a cargo del sistema, también fueron prestados a entidades del sector público y además resultan su mayoría simultáneos con el tiempo de servicio referido.

En efecto, de los tiempos que solicita el actor se tengan en cuenta para conformar el derecho a la pensión a cargo del sistema, refiere aquellos prestados a la Universidad Nacional entre el 1° de febrero de 1979 y el 4 de mayo de 1992, tiempo durante el cual se efectuaron aportes a la Caja de Previsión de la Universidad Nacional (fl. 29); al Hospital San Juan de Dios entre el 1° de abril de 1986 y el 10 de diciembre de 1990, tiempo durante el cual se efectuaron aportes al Fondo de Prestaciones Sociales (fl. 40); tiempo servido a la Caja de Previsión Social Distrital de Bogotá del 9 de enero de 1978 al 2 de marzo de 1978 y del 7 de octubre de 1992 al 31 de diciembre de 1995, tiempo durante el cual se realizaron aportes al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá; y del 1° de enero de 1996 al 15 de febrero de 1996, tiempo durante el cual se realizaron cotizaciones a COLPENSIONES (fl. 49), así mismo refiere el tiempo servido y cotizado al ISS hoy COLPENSIONES por la Caja Seccional de Cundinamarca entre el 7 de marzo de 1991 y el 11 de febrero de 1992 y del 20 de marzo de 1992 al 25 de octubre de 1992 (fl. 13).

Al hacer una revisión de los periodos de tiempo referidos en precedencia, se advierte que éstos son simultáneos con los que el actor prestó en el Hospital de la Policía Nacional y además también fueron prestados a entidades del sector público, luego, no puede la Sala desconocer esta situación particular, para ordenar el reconocimiento de una prestación a cargo del sistema, que finalmente terminaría financiándose en parte con la cuota pensional correspondiente a cargo de cada una de las entidades públicas a las cuales el actor prestó servicios y que no efectuaron cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES, hecho que muestra con claridad que se estaría incurriendo en la prohibición consagrada en el artículo 128 Constitucional.

Por lo anterior, a juicio de la Sala resulta improcedente reconocer al actor la pensión de jubilación por aportes que reclama, pues como se advirtió, ello constituiría una clara vulneración a la prohibición constitucional.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión de primera instancia, pues aun cuando definió la incompatibilidad entre las prestaciones, impone una condena genérica y abierta para que se reconozca la prestación más favorable, sin concretar ni definir lo pertinente frente al eventual trámite que implicaría la suspensión de la prestación que viene pagando la Policía Nacional, asunto que además no podría establecerse en este proceso por cuanto dicha entidad no fue citada al presente proceso y porque además la apoderada de la parte demandante manifestó expresamente al efecto, que no era ese el objeto de la controversia que planteó.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0205-2021

Radicado N° 09 2018 00465 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2020, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DORIS CUERVO PARRA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 20 de enero de 1963, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 31 de julio 1987 hasta el 31 de diciembre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 387,29 semanas; que el 28 de diciembre de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA S.A. (hoy PROTECCION); que el Fondo no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas patrimoniales que implicaba el retorno al RPM; que jamás se le informó el destino de sus aportes ni en que consistía la cuenta de ahorro individual; que no se le informó la posibilidad de tener que negociar el bono pensional del RPM como consecuencia de su traslado y como serían las condiciones para adquirir una pensión anticipada. Dijo que al iniciar un vínculo laboral con la Universidad Nacional, el 13 de abril de 1999 fue trasladada a la AFP PORVENIR, que por parte de esta AFP tampoco tuvo asesoría alguna, en donde le suministraran información clara y veraz de su permanencia en el RAIS, que jamás recibió extractos trimestrales por parte de PORVENIR, que el 1° de agosto del 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado y retorno al RPM, para lo cual se resolvió la solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación de la actora al RAIS a través de la AFP

COLMENA, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP PROTECCION S.A, buena fe por parte de COLEMENA (hoy PROTECCION S.A) y prescripción (fls. 99 a 104).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el traslado de la actora de COLMENA a PORVENIR, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 162 a 168).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la fecha de su vinculación al ISS y del traslado al RAIS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios de consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con prestación definida, buena fe, prescripción y compensación (fls. 122 a 131).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de

la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen realizado por la demandante DORIS CUERVO PARRA el 28 de diciembre de 1994, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el entonces Instituto de Seguros sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual Solidaridad administrado por COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo considerado. **SEGUNDO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la Cuenta de Ahorro Individual de la señora DORIS CUERVO PARRA, sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, y se ordenará a* COLPENSIONES a *reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados. **TERCERO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandas, de acuerdo con lo considerado. **CUARTO: COSTAS** a cargo de la parte demandada Administradora de Fondos y Cesantía PROTECCIÓN S.A. tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) salario mínimo legal vigente, según lo expuesto en la parte motiva de este fallo. **QUINTO:** REMITASE el presente asunto ante la sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que surta el Grado Jurisdiccional de CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto en el articulo 69 CPTSS."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, no basta solo con la mera manifestación plasmada en un formulario de vinculación pre impreso y genérico firmado por el futuro afiliado, pues no es posible constatar que la información

suministrada por el Fondo de Pensiones es clara, concreta y dependiendo de cada un de las necesidades pensionales de los afiliados. Resaltó que el cumplimiento del deber de información no se reduce en esta instancia particular, sino al hecho de que la demandada acredite que dicha información fue suficiente, veraz y oportuna, dijo que las pruebas no evidencian que COLMENA (hoy PROTECCIÓN) hubiera dado cumplimiento a dicha obligación y por ello concluyó que el acto del traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Al efecto, sostiene que al declararse la ineficacia del traslado hay una afectación directa para la AFP, que como se puede ver en el caso en concreto, es donde se encuentra actualmente la señora DORIS CUERVO, que la falladora de primera instancia esta condenando no solo a la devolución de aportes y rendimientos financieros, sino también a la devolución de los gastos frente a un acto jurídico al que PORVENIR nunca estuvo inmersa. Por otro lado, señaló que para la demandante no se puede considerar la aplicación automática de la línea jurisprudencial en donde declaran la ineficacia del traslado, pues ésta de manera consiente y con todas sus facultades, aceptó pertenecer al RAIS, que su decisión fue libre y voluntaria y consiente de las implicaciones que con ello llevaría al efectuar el traslado.

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** pide en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia. Sustentó el recurso en que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no había expectativa legítima para la autora que contaba con menos de 750 semanas cotizadas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión. Solicita que se tenga en cuenta la sentencia del H. Tribunal Superior de Pereira, radicado N°2016-00087 que declara que la simple inconformidad del

valor de la prensión a recibir en este momento en el Régimen de Prima Media no constituye prueba alguna de que cuando se realizó el traslado por parte de la AFP, lo haya hecho por un engaño recibir información equivocada. Aduce que para el momento de los hechos las AFP solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. PORVENIR S.A. solicitó en sus alegaciones que revoque la sentencia de primera instancia y para ello reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA (hoy

PROTECCION), cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 20 de enero de 1963 (fl. 3); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 31 de julio 1987 y el 31 de diciembre de 1994 por un total de 387,29 semanas (fl. 117); ***iii)*** que el 28 de diciembre de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA S.A. (fl. 95); ***iv)*** que el 13 de abril de 1999 se trasladó al AFP PORVENIR S.A. (fl. 144); ***v)*** que el 1° de agosto de 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió de manera negativa tal solicitud (fl. 4).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época

en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "*a una simple manifestación de la voluntad*

de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora DORIS CUERVO PARRA se trasladó a AFP COLMENA S.A. (hoy PORTECCIÓN) el 28 de diciembre de 1994 (fl. 95), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD 2, min. 12:31), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado asistió a una

reunión grupal que ofrecía un asesor de COLMENA en su lugar de trabajo, que los asesores se limitaron a ofertar a la AFP como fondo privado de pensiones y a manifestar que el Seguro Social se acabaría.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCION S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCIÓN deberá asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia 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 en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PROTECCIÓN deberá asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR a la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *salvamento de voto*

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0178-2021

Radicado N° 10 2018 00707 01

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020 por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CIRO CASTAÑEDA HEREDIA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ECOPETROL S.A.** Solicita que se condene al reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría, al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha efectiva del reintegro, junto con los aportes al sistema de seguridad social, aumentos legales y extralegales y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 27 de abril de 2009, mediante contrato

de trabajo a término indefinido, que prestó servicios hasta el 4 de noviembre de 2015; que el último cargo desempeñado fue el de profesional I VTD; que devengaba la suma mensual de $9.273.000; que el 4 de noviembre de 2015, fue despedido sin justa causa, y que el 11 de noviembre siguiente solicitó a la demandada su reintegro al mismo cargo o a uno de similares condiciones. Informó que durante la ejecución de la relación laboral la demandada le pagaba un subsidio de arriendo, subsidio de alimentación y le realizaba un aporte a Cavipetrol.

Aduce que mediante acta de constitución N° 1-07 del 14 de febrero de 2014, fue inscrita en el registro sindical la Asociación Sindical de Profesionales de Ecopetrol S.A. ASPEC; que el día 23 de mayo de 2014, la Organización Sindical ASPEC aprobó presentar el pliego de peticiones aprobado por los afiliados; que el día 14 de julio de 2014, inició la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva; que el 22 de agosto de 2014, finalizó la etapa de arreglo directo; que el acta de finalización de esta etapa contiene las firmas de comisión negociadora de la organización sindical, pero no las firmas de la empresa; que el 25 de agosto de 2014, la organización sindical solicitó al Ministerio de Trabajo la conformación de un Tribunal de Arbitramento y mediante Resolución N° 00963 del 17 de marzo de 2015, el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección del Ministerio de Trabajo no accedió a la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, contra dicha Resolución la organización sindical interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Mediante Resolución N° 03015 del 6 de agosto de 2015 se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición y se concedió el recurso de apelación.

Afirma que mediante Resolución N° 4463 del 3 de noviembre de 2015 el Ministerio de Trabajo resolvió el recurso de apelación y decidió confirmar las resoluciones que negaron la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, que era afiliado a la organización sindical ASPEC y

que para el momento de su despido la demandada se encontraba en un conflicto colectivo de trabajo originado con la presentación del pliego de peticiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ECOPETROL S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, aclaró que en efecto se dio una etapa de arreglo directo que dio inicio a un proceso de negociación unificado con los demás sindicatos y que ésta terminó con la suscripción de la convención colectiva de trabajo ECOPETROL – USO 2014-2018, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (fls. 117 a 123).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2020, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "***PRIMERO:*** *DECLARAR que entre ECOPETROL S.A. y el demandante señor CIRO CASTAÑEDA HEREDIA existió un contrato individual de trabajo a término indefinido desde le día 27 de abril de 2009 hasta el 4 de noviembre de 215, en el cargo de PROFESIONAL I VTD, y último salario devengado la suma de $9.273.000 y que la relación laboral finalizó por terminación unilateral sin justa causa por parte del empleador, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.* ***SEGUNDO:*** *DECLARAR probada la excepción propuesta por ECOPETROL S.A. denominada inexistencia de la obligación y se ABSUELVE a la demandada ECOPETROL S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoada por el señor CIRO*

CASTAÑEDA HEREDIA, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia. ***TERCERO:*** *SE CONDENA en costas a la parte demandante a favor de ECOPETROL S.A. Liquídense e inclúyase como agencias la suma de $500.000.* ***CUARTO:*** *En caso de no ser apelada, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta"*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si al momento del despido la demandada se encontraba en un conflicto colectivo de trabajo y si el actor es beneficiario de la garantía de fuero circunstancial que reclama. Para resolverlo indicó que para el momento en que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo del actor ya había finalizado el conflicto colectivo que inició con la presentación del pliego de peticiones por parte de la Organización Sindical ASPEC, dijo que las pruebas acreditan que los diferentes pliegos de peticiones presentados por los sindicatos que tiene la empresa demandada se negociaron de manera conjunta, y producto de esa negociación el conflicto finalizó con la expedición de la convención colectiva.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que en casos en que se realiza una negociación concentrada de varios pliegos de peticiones presentados por diferentes sindicatos, en aplicación del Decreto 089 de 2014, si uno de ellos no está de acuerdo con la negociación, así se expida una convención colectiva, puede continuar con la siguiente etapa del conflicto para lograr un acuerdo sobre sus peticiones, por ello, refiere que en el caso bajo estudio el conflicto colectivo subsistía y es precedente el reintegro reclamado.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. Pide que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda en cuanto se acreditó que el actor no era beneficiario de la garantía de fuero circunstancial que reclama.

Por su parte la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, al efecto cita jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con conflictos colectivos de trabajo y reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si el demandante era beneficiario de la garantía de fuero circunstancial al momento de la terminación del contrato de trabajo.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** el demandante prestó servicios a ECOPETROL S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 27 de abril de 2009 y el 4 de noviembre de 2015, ocupando el cargo de Profesional I VDT

y que, el último salario devengado corresponde a $9.273.000 (fl. 72); ***ii)***; que al demandante le fue terminado el contrato sin justa causa el día 4 de noviembre de 2015 (fl. 12); ***iii)*** que la ASOCIACION SINDICAL DE PROFESIONALES DE ECOPETROL S.A. – ASPEC fue constituida el 14 de febrero de 2014 (fl. 20); ***iv)*** que el 29 de mayo de 2014 dicha organización sindical presentó pliego de peticiones a ECOPETROL S.A. (fl. 22); ***v)*** que el actor se afilió a ASPEC el día 31 de julio de 2015 (fl. 70).

- **Sobre el Fuero Circunstancial**

Para resolver el problema jurídico planteado precisa la Sala que esta protección esta instituida para evitar el despido sin justa causa de los trabajadores que han presentado pliegos de peticiones, durante las etapas de la negociación colectiva, con lo cual se protege la unidad del colectivo de trabajadores frente a eventuales decisiones arbitrarias del empleador que pretendan minarla con el despido de trabajadores.

Al efecto el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, establece: "*Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto*".

Frente a la existencia de varias organizaciones sindicales al interior de una empresa, el Decreto 089 de 2014 define en su artículo primero que: "*Cuando en una misma empresa existan varios sindicatos, estos, en ejercicio del principio de la autonomía sindical, podrán decidir, comparecer a la negociación colectiva con un solo pliego de peticiones, e integrar conjuntamente la comisión negociadora sindical (...)*".

Sobre el fuero circunstancial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que efectivamente procede la

acción de reintegro para los trabajadores que luego de presentar un pliego de peticiones son despedidos sin justa causa, conducta que se sanciona con el pago de salarios y demás emolumentos causados entre la fecha de la ruptura y la de la decisión judicial que así lo ordene, condicionando esto a la declaración de un despido injusto; de lo contrario se ha precisado que el despido produce el efecto de terminación legal del contrato de trabajo y en consecuencia lo libera de cualquier obligación indemnizatoria (Sentencia SL 5467 del 14 de octubre de 2015).

Ahora bien, sobre la terminación del conflicto colectivo de trabajo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justica ha dicho que ésta puede darse de dos formas, de manera normal cuando se suscribe la respectiva Convención Colectiva de Trabajo o con la ejecutoria del laudo arbitral, en virtud de lo definido en el artículo 461 del CST; y de forma anormal cuando las partes no cumplen con los deberes legales tendientes a que la negociación colectiva siga su curso normal y abandonan la controversia (Sentencia SL 3429 del 26 de agosto de 2020).

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte el Tribunal que la Organización Sindical ASPEC presentó un pliego de peticiones a ECOPETROL S.A. el día 29 de mayo de 2014 (fl. 22), que el demandante se afilió a dicha organización el día 31 de julio de 2015 (fl. 70 y 74), situación que era conocida por ECOPETROL, en cuanto ASPEC así se lo informó y además realizaba descuentos de nómina al actor para el pago de la cuota sindical (fl. 75), también se advierte que el actor fue despedido sin justa causa el 4 de noviembre 2015 (fl. 12).

Sobre el conflicto colectivo de trabajo que inició con la presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical ASPEC, se observa a folio 135 del expediente el *"Acta de Acuerdo Negociación Colectiva"* de fecha 3 de julio de 2014, suscrita por un representante de ECOPETROL, el presidente de

SINDISPETROL y el presidente de ASPEC, en dicho documento se establece que las organizaciones sindicales ASPEC, SINDISPETROL, ADECO y USO presentaron pliegos de peticiones a ECOPETROL los días 29 de mayo de 2014, 25 de junio de 2014, 25 de junio de 2014 y 27 de junio de 2014, respectivamente, se acotó que:

"en los términos del Decreto 089 de 2014 los diversos pliegos se negociarán en una sola mesa de negociación para la solución del conflicto, en la que estarán todos los sindicatos representados en el procedimiento de negociación"

Y finalmente, se acordó en el numeral Primero de dicho documento que:

"Atendiendo los principios del Decreto 089 de 2014, las partes dejan establecido que no obstante que se discuta de manera independiente los pliegos de peticiones presentados por los distintos sindicatos, se trata de un proceso de negociación unificado e integrado para la solución del conflicto colectivo de trabajo, garantizando así la unidad de negociación; en el que están todos representados tanto en el procedimiento de negociación con su respectivo pliego".

Del contenido del acta referida, entiende la Sala que para resolver el conflicto colectivo que surgió por la presentación de varios pliegos de peticiones por parte de las diferentes organizaciones sindicales existentes en la empresa demandada, se acordó que éste sería resuelto mediante un proceso de negociación unificado e integrado, lo que quiere decir que no habían conflictos independientes por cada uno de los pliegos de peticiones presentados y que su finalización sería separada e independiente; y que al haberse acordado una negociación unificada para la solución del conflicto, necesariamente su terminación o solución sería aquella que se definiera como resultado del proceso unificado e integrado, del cual

formaron parte todas las organizaciones sindicales referidas en precedencia.

Bajo este supuesto, se observa que el conflicto colectivo de trabajo finalizó con la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo julio de 2014 – junio de 2018, depositada en el Ministerio de Trabajo el día 12 de septiembre de 2014 (fls. 153 a 183), pues ésta fue el resultado del proceso de negociación unificado e integrado previamente acordado en el acta de fecha 3 de julio de 2014.

Si bien, obra dentro del expediente acta suscrita por ECOPETROL y ASPEC el 22 de agosto de 2014 (fl. 138), donde se manifestó el desacuerdo de las partes respecto de la totalidad de los puntos definidos en el pliego de peticiones presentado, no puede entenderse que subsistía conflicto colectivo alguno, en la medida en que el proceso de negociación finalizó con la suscripción de la Convención Colectiva y ésta finalmente es el resultado de lo acordado inicialmente, por lo que en criterio de la Sala no podía continuarse de manera indefinida con dicho conflicto.

Ahora, HENRY RIVERA CARRILLO (CD. 2 audio 2, min. 20:26) y FREDY URIBE GOMEZ (CD. 2 audio 2, min. 40:43), manifestaron en diligencia de testimonio que formaban parte de la comisión negociadora del sindicato ASPEC y que no habían llegado a acuerdo alguno con ECOPETROL porque las mesas de negociación habían sido independientes y ellos no suscribieron la Convención Colectiva, sino que solicitaron la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Ministerio de Trabajo. No obstante, el dicho de estas personas no conduce a cambiar el sentido de la decisión en cuanto no aportan nada diferente a lo ya estudiado, pues sus afirmaciones solo llevan a querer desconocer lo acordado inicialmente al establecerse el proceso de negociación unificado e integrado y ratifican lo que esta organización manifestó en acta de fecha 22 de agosto de 2014, ya referida.

Aunado a lo anterior, mediante Resoluciones 00963 del 17 de marzo de 2015, 03015 del 6 de agosto de 2015 y 4463 del 3 de noviembre de 2015 (fls. 141 a 152) el Ministerio de Trabajo negó la conformación del Tribunal de Arbitramento que solicitó ASPEC, con fundamento en que el conflicto colectivo había finalizado con la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo. Tampoco podría entenderse, como lo pretende el actor, que se tenga como fecha de finalización del conflicto, aquella en que el Ministerio profirió la última Resolución, pues independientemente de que la organización sindical solicitara la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Ministerio, ello no quiere decir que por dicha solicitud se extendiera o mantuviera en el tiempo un conflicto colectivo ya zanjado.

Para resolver el argumento de apelación referido a que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias, tales como la SL1604-2019, SL1382-2017, SL3491-2019 y SL1983-2020, ha aceptado que aun cuando en virtud de lo definido en el Decreto 089 de 2014 se pacte la realización de una negociación colectiva concertada de los pliegos de peticiones presentados por los diferentes sindicatos que subsistan en una empresa, y esta negociación finalice con la suscripción de una convención colectiva, ello no obsta, para que el sindicato inconforme o que no suscribió dicha convención acuda a las siguientes fases de solución del conflicto, como la huelga o convocatoria del Tribunal de Arbitramento. Sobre este particular debe precisar la Sala, que la situación que plantea el caso bajo estudio, no permite entender de acuerdo con el criterio de la Corte, que el conflicto colectivo suscitado por ASPEC se encuentre vigente, pues como se refirió en precedencia, el órgano administrativo encargado de definir lo pertinente, estableció que el conflicto colectivo había finalizado con la suscripción de la convención colectiva, luego, no puede el Tribunal aplicar un criterio de interpretación a un asunto donde las condiciones planteadas son distintas, en el entendido que aquí la autoridad administrativa ya

había dispuesto que el conflicto finalizó con la suscripción de la convención colectiva y dichos actos administrativos no han sido anulados por la jurisdicción.

Tampoco resulta relevante lo manifestado por el demandante en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 2 audio 2, min. 07:07), en cuanto manifestó no recordar o no constarle lo ocurrido dentro del conflicto colectivo suscitado por ASPEC y de todas formas su dicho no resultaría útil para definir la controversia que planteó.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal que el demandante no se encontraba cobijado por la garantía foral que reclama al momento del despido, pues definido está, que para el 4 de noviembre de 2015, fecha en que fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa, ya había finalizado el conflicto colectivo de trabajo por la suscripción de la Convención, razón por la cual no hay lugar a ordenar el reintegro deprecado.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada

HERNAN MAURICIO OLIVERSO MOTTA
Magistrado CON ACLARACIÓN DE VOTO

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

ACLARACIÓN DE VOTO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2018 00707 01
DEMANDANTE: CIRO CASTAÑEDA HERRERA
DEMANDADO: ECOPETROL S.A.

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto, en el sentido de señalar que, en el presente caso para la data del despido del actor - 4 de noviembre de 2015 - ya no existía fuero circunstancial al haber terminado de manera anormal el conflicto colectivo, ante la falta de un interés inequívoco por parte del Sindicato en refutar e incoar las acciones legales respecto de la decisión del Ministerio del Trabajo de no convocar al Tribunal de Arbitramento (CSJ SL1983-2020).

Nótese que las últimas acciones desplegadas por parte de la organización sindical luego de terminada la etapa de arreglo directo – 22 de agosto de 2014 - se exteriorizaron con la interposición del recurso de reposición y apelación contra la Resolución n.° 00963 de 17 de marzo de 2015, los cuales fueron presentados el 8 de abril de 2015, así como la tutela fallada de manera desfavorable por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, el 20 de abril de 2015, confirmada por el H. Consejo de Estado el 9 de junio de 2015.

Por tal motivo, no puede entenderse que la conducta desplegada por Ecopetrol S.A. con la decisión de terminar el contrato de trabajo del actor el 4 de noviembre de 2015, tuviese por finalidad una conducta antinsindical orientadas a lesionar el derecho a la negociación colectiva.

En estos términos dejo sentado la aclaración de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0209-2021

Radicado N° 11 2019 00362 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020, por el Juzgado Once (11°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOTA GUTIERREZ MONTES, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del

traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 26 de mayo de 1959; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 2 de julio 1982 y el 30 de septiembre de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 602 semanas; que para 1 de octubre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.; que al momento de la afiliación, el Fondo no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias jurídicas, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, además de no informarle la posibilidad de devolverse al RPM, no le explicó en que consistía una cuenta de ahorro individual ni que su mesada pensional podría verse afectada con su permanencia en el RAIS; que no fue ilustrada con escenarios comparativos entre los dos regímenes, por lo que no fue consiente de las diferentes alternativas para la elección de su Régimen pensional. Por último señaló que mediante escrito del 15 de abril del 2019, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, con la fecha en que se vinculó al ISS y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 113 a 133).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 139 a 171).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la demandante CARLOTA GUTIERREZ MONTES, a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER, hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. efectuada el 1 de octubre de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la demandante CARLOTA GUTIERREZ MONTES nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia. **TERCERO: CONDENAR** a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante CARLOTA GUTIERREZ MONTES, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del*

articulo 1746 del C.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. ***CUARTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES, a admitir el traslado de la demandante CARLOTA GUTIERREZ MONTES, con sus respectivos aportes al Régimen de Prima media con Prestación Definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia* ***QUINTO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar una prestación económica por el riesgo de vejez, bajo los presupuestos normativos del articulo 9 de la Ley 797 de 2003, a favor de la demandante CARLOTA GUTIERREZ MONTES, a partir en que esta ultima acredite el retiro definitivo del sistema, prestación pensional que deberá sufragarse respecto de 1e mesadas al año, mas los incrementos de la Ley anualmente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia..* ***SEXTO: AUTORIZAR*** *a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional a favor de la demandante CARLOTA GUTIERREZ MONTES los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en salud.* ***SEPTIMO: DECLARAR*** *no probado los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.* ***OCTAVO: ABSOLVER*** *a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva del presente proveído. NOVENO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. únicamente, liquídese por secretaria e inclúyase la suma de $1.000.000, valor en el que se estima las agencias en derecho, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de la presente providencia. DECIMO: CONSULTAR esta providencia a favor de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSONES COLPENSIONES ante la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior del distrito de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, a las AFP les asiste el deber de proporcionar información concreta sobre las implicaciones del traslado, indicó que

este deber no se encuentra limitado a una simple manifestación genérica del derecho a la libre escogencia del régimen pensional con la suscripción de un formulario, sino que debe demostrarse. Concluyó que de las pruebas aportadas al expediente no se advierte que la AFP hubiera acreditado el cumplimiento de la obligación referida y por ello el acto del traslado de la demandante es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones. Para resolverlo indicó que el formulario de afiliación acredita el consentimiento que prestó la actora para tomar la decisión de trasladarse de régimen, que este documento también acredita la información que recibió y que tiene plena validez probatoria. Dice además que la AFP para el momento del traslado no tenía la obligación de documentar la información que se brindaba a los afiliados y que de todas formas en este no se acreditó la existencia de vicio alguno en el consentimiento. Agregó que la actora al momento de suscribir el formulario de traslado debió atender al principio de autocuidado y verificar de manera minuciosa su contenido, dice que no puede imponerse a su representada la obligación de absolver dudas que no existían al momento de la afiliación sino que surgieron casi 20 años después. Frente a los gastos de administración, refirió que no es procedente su devolución, pues estos valores no están destinados a financiar la prestación de la demandante y una condena en este sentido constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, señaló finalmente que en el caso bajo estudio debe declararse probada la excepción de prescripción.

La apoderada de **COLPENSIONES** pide en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente el traslado ordenado en cuanto la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición señalada

en la ley para regresar al RPM. Dice además, que dentro del proceso no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno por lo que tampoco resulta procedente declarar la nulidad del traslado, menos aun cuando la actora ratificó su decisión con su permanencia en dicho régimen por más de 20 años. Sobre el deber de información a cargo de las AFP dijo que era la demandante quien debía tener conocimiento de lo que dispone la Ley sobre el RAIS y como persona capaz para celebrar actos, realizar las manifestaciones necesarias sobre los motivos de inconformidad que tenía sobre este régimen pensional.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de COLPENSIONES solicita igualmente que se revoque la sentencia de primera instancia y reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con

solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 26 de mayo de 1959 (fl. 45); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 2 de julio 1982 y el 30 de septiembre de 1999, por un total de 602 (fls. 50 y 51); ***iii)*** que el 1° de octubre de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (fl. 173); ***iv)*** que el 15 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y anulación a su afiliación al RAIS (fls.52 a 60).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época

en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad*

de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora CARLOTA GUTIERREZ MONTES se trasladó a AFP PROVENIR S.A. el 1° de octubre de 1999 (fl. 173), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD 5, min. 45:40), pues al efecto solo manifestó que en la sala de profesores del colegio donde

trabajaba se presentó un asesor de PORVENIR, quien les dijo de manera general que el ISS se iba acabar y que este fondo estaba respaldado por el grupo aval y por ello su pensión sería más favorable.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en la diligencia de interrogatorio de parte (CD. 5 min. 04:58), pues solo afirmó que la asesoría que se le brindó a la demandante fue de carácter verbal, que la asesora que realizó el traslado tenía conocimientos en la Ley 100 de 1993 y en seguridad social por lo que estaba capacitada para absolver las dudas de la afiliada.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de

administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso el Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia 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 en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, habida cuenta que en efecto el demandante cumplió los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 para configurar su derecho a la pensión legal de vejez, por cuanto cumplió 57 años el 26 de mayo de 2016 y acumuló más de 1.300 semanas de cotización (fls. 46 a 51).

En lo que respecta al reconocimiento pensional del demandante, la Sala adicionará en numeral quinto de la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que el reconocimiento

de la prestación solo procede, una vez se efectué el traslado a COLPENSIONES de las sumas ordenadas a PORVENIR S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud de la Ley 797 de 2003, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez COLPENSIONES reciba los recursos que debe reintegrarle PORVENIR S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud de la Ley 797 de 2003, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOTA GUTIERREZ MONTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00362 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0008-2021

Radicado N° 16 2017 00770 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

FREDDY MAURICIO CAÑON CALDERON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA E.T.B. S.A. E.S.P.**, con el fin de que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 30 de noviembre de 1989 y que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente desde el 6 de junio de 1991. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada a nivelar su salario

con el de RUBIEL ALFONSO CARRILLO OSMA como analista I, que se paguen las diferencias salariales causadas y se reliquiden las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y demás derechos convencionales causados indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 30 de noviembre de 1989 mediante contrato de trabajo a término indefinido; que inicialmente ocupó el cargo de obrero, el cual fue cambiando a lo largo de la relación laboral hasta llegar al cargo de Analista I en el año 2015; que realizó diferentes cursos de capacitación, talleres y seminarios durante su vinculación con la entidad; que en el año 2012, obtuvo el título de Ingeniero de Procesos Industriales; que en abril de 2015, la demandada lo promovió al cargo de Analista I; que nunca firmó la comunicación de promoción de cargo porque ésta desmejora su salario y condiciones en cuanto en el cargo de audio probador laboraba 6 horas diarias, 30 semanales y 180 mensuales y devengaba por hora la suma de $13.526, mientras que como Analista I trabaja 8 horas diarias, 40 semanales y 240 mensuales y devenga por hora la suma de $10.824.

Aduce el demandante que el nombramiento que le fue comunicado creó unos porcentajes y diferencias salariales entre compañeros; que RUBIEL ALFONSO CARRILLO OSMA ocupa el mismo cargo de Analista y a éste se le incrementó el salario en un 102% mientras que a él solo un 7%; que para el efecto la ETB no tuvo en cuenta el contenido de la convención colectiva de trabajo 2002-2003; que ha realizado cursos, estudios profesionales y talleres que le permiten ocupar el mismo cargo y desempeñar las mismas funciones que las 5 personas que son Analista I; que con la promoción del cargo que se le asignó se estableció una desigualdad salarial sin ninguna justificación objetiva; que el 29 de septiembre de 2017, solicitó a la ETB la nivelación salarial

correspondiente y mediante comunicación del 19 de octubre de 2017, la entidad resolvió de manera desfavorable sus peticiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA – E.T.B. S.A. ESP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral y la diferencia salarial existente entre el actor y el trabajador que se compara, en cuanto a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria, perjuicios morales o costas y prescripción (fls. 114 a 132).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 29 de octubre de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que existe un contrato de trabajo a término indefinido, entre el demandante señor Freddy Mauricio Cañón Calderón y la empresa de telecomunicaciones de Bogotá que viene rigiendo desde el 30/11/1989, en el cargo actual ocupado de analista uno. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada empresa de telecomunicaciones esta es la empresa de servicios públicos de las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de causa para demandar por el resultado de la litis se abstiene el despacho pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos. **CUARTO: CONDENAR** en costas de la instancia de la parte actora, practíquese la*

liquidación por Secretaría incluyó incluyendo el monto de $400,000 pesos moneda corriente como valor de las agencias en derecho."

El Juez fijó el problema jurídico en definir si es procedente la nivelación salarial que reclama el demandante. Para resolverlo indicó que no se controvirtió dentro del proceso la existencia de una relación laboral, y que de las pruebas aportadas al expediente no es posible deducir que el actor desempeñara las mismas funciones que el trabajador con el que se compara, y menos que éstas fueran ejecutadas siguiendo los mismos criterios de eficiencia, calidad y cantidad, y por ello no es procedente la nivelación salarial que se reclama.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y se ordene la nivelación salarial reclamada.

Por su parte el apoderado de la parte demandada solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión que negó las pretensiones de la demanda.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del actor.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si se presentó una desigualdad salarial en los términos que define la ley y la jurisprudencia, entre el demandante y RUBIEL ALFONSO CARRILLO OSMA.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: ***i)*** entre el demandante y la demandada ETB existe un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 30 de noviembre de 1989 (fl. 15); ***ii)*** que el demandante en la actualidad desempeña el cargo de Analista I en la Dirección de Aprovisionamiento masivo y devengaba la suma mensual de $2.597.923 para el año 2015 cuando cambio de cargo (fls. 19, 20 y 35).

- **Sobre la Nivelación Salarial**

Al efecto, el artículo 143 del CST dispone el derecho de los trabajadores a recibir como remuneración la que corresponde a la labor desarrollada en condiciones de igualdad con quienes cumplen la misma función y con similar eficiencia. Con esta disposición el legislador fijó parámetros bajo los cuales un empleador puede hacer distinciones salariales entre trabajadores por diferencias en las funciones o diferencias en la eficiencia.

Sobre este punto se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional para definir que solo cuando existen diferencias objetivas entre los servidores que cumplen la misma función se podrá disponer un salario diferencial[1], razones que la Constitución

[1] Sentencia SU-517 de 2009 y "*Toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no puede proceder de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, (...) [PUES] si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del*

Política, en el artículo 153 definió, al establecer el principio de igualdad salarial como el derecho que tienen los trabajadores a recibir una "*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y la calidad del trabajo*".

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente que quien pretende una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar que existe otro trabajador en el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia. También dijo esa Corporación que tratándose de relaciones laborales causadas con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011 al artículo 143 del CST, según la cual "*todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación*", también se invierte la carga de la prueba y de este modo al trabajador solo corresponde probar el trato discriminatorio en los términos referidos y al empleador justificar la razón de ese trato discriminatorio (Sentencias. SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858, SL 17462-2014, SL 3165-2018).

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, para que proceda la nivelación salarial que se pide en este proceso corresponde a la parte demandante acreditar que RUBIEL ALFONSO CARRILLO OSMA desempeñaba el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia para que se invierta la carga de prueba y sea la demandada, quien acredite las razones que justifican el trato discriminatorio.

Dicho lo anterior y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la sentencia en consulta, pues no encuentra pruebas de la identidad plena de funciones del actor y las que cumplía RUBIEL

---

derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo".

ALFONSO CARRILLO OSMA como Analista I. Para llegar a esta conclusión basta con mencionar que ninguna prueba del expediente menciona o demuestra cuales eran las funciones que cumplía el demandante ni mucho cuales desempeñaba el trabajador con el que se compara.

Los documentos que obran dentro del proceso nada refieren sobre las funciones y las condiciones de eficiencia en que estas se cumplían, lo único que está acreditado es que el demandante ocupa el cargo de Analista I desde el 20 de marzo de 2015 y que cumplía sus funciones en la Dirección de Aprovisionamiento Masivo (fls. 19 y 20), también se encuentra probado que RUBIEL ALFONSO CARRILLO OSMA también ejercía como Analista I de la de la entidad demandada, pero en la Gerencia de Servicios Masivos de la Vicepresidencia de Infraestructura, ello lo acredita el documento obrante en el CD. 1, Pdf. 5, fl. 4. Nada diferente y relevante se advierte de lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte absuelto (CD. 3 min. 32:05), pues al efecto solo indicó que a partir de 2015 se generó una diferencia salarial entre él y el trabajador Rubiel Alfonso Carrillo cuando los promovieron al cargo de Analista I, dijo que el trabajador referido desempeñaba otro tipo de rol, sin especificar cuál y que él prestaba sus servicios en una central diferente que era la de Chapinero y allí ejercía funciones de audio probador.

Tampoco se extrae nada distinto del testimonio rendido por LUIS ENRIQUE TORO SILVA (CD. 3 min. 47:34), pues éste solo manifestó que presta servicios a la ETB y que fue compañero del actor, dijo además que en la compañía se realizó un cambio de denominación de cargos y aquellos que fungían como audio probadores les cambiaron la denominación a la de Analista I, que cuando ello ocurrió se realizaron unos ajustes y aumentos salariales y que sabe que al actor solo le incrementaron el 14% y a Rubiel Carrillo más del 100%, dijo saber que este cargo tiene funciones

diversas y que éstas dependían del área en que estaba el analista, manifestó además no tener certeza si el demandante y Rubiel hacían lo mismo.

Por lo anterior, no encuentra la Sala elementos para estudiar la nivelación solicitada, pues al no existir prueba de las funciones ejercidas ni las condiciones de eficiencia en que éstas se ejecutaban no hay un punto de referencia para definir si la diferencia salarial que había entre el demandante y el trabajador con el cual se compara es justificada o no. Por ello, y dado que la parte demandante no cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del CGP, no le queda a la Sala camino diferente a confirmar la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0188-2021
Radicado N° 20-2019-00283-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **ÁNGELA FIALLO MARÍN** contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a la demandada de las pretensiones (fl. 462, 39:03 cd fl. 460).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 45).**

ÁNGELA FIALLO MARÍN solicitó declarar inexistente el acto administrativo de pensión o cualquier otro por el cual **ECOPETROL S.A.** decidió otorgar la pensión de jubilación en 2004 y posteriormente en 2011, declarándose inexistente la notificación de las mismas y de las actas de conciliación firmadas entre las partes en 2004 y 2013, por tanto, declarar que se novó la obligación laboral con la firma del *acta de acuerdo integral y definitivo sobre la situación de trabajadores despedidos por el conflicto colectivo de 2002-2004*, por tanto, declarar que la relación laboral entre las partes se mantuvo sin solución de continuidad, en consecuencia, condenar al pago del incremento salarial de enero de 2004 a mayo de 2004 conforme el IPC, declarar

que la demandante era trabajadora oficial, condenar al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional otorgada por Acta de Acuerdo Gobierno Nacional – Ecopetrol del 26 de mayo de 2004 y el ACUERDO CETCOIT del 23 de mayo de 2013 aplicando el artículo 109 de la Convención Colectiva de trabajo 2001-2002, 2006-2009 y 2009-2014 y el artículo 106 de la convención colectiva 2014-2018, por tanto, aplicando efectos *ex tunc* de la nulidad retrotraer las cosas al despido de la demandante en 2004 y condenar a pagar salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, indexados y a reconocer la pensión conforme los nuevos valores de la reliquidación laboral, retroactivo pensional, indemnización por despido, mesada catorce.

Subsidiariamente solicitó reliquidar la pensión de jubilación entre la fecha de desvinculación en 2004 y el 27 de octubre de 2011, tomando como base los emolumentos salariales tomando como base los emolumentos salariales y prestacionales del acuerdo CETCOIT (2013) y acuerdos USO-ECOPETROL de las convenciones colectivas 2004 a 2011 y del nuevo cálculo de la pensión de sobrevivientes declarar el condena al pago de salarios y prestaciones sociales por diferencias salariales, indexación, indemnización por despido e indemnización moratoria.

Como fundamento fáctico indicó que el 19 de enero de 1984 se suscribió contrato de trabajo a término fijo entre las partes; que el 13 de mayo de 1986, se suscribió contrato de trabajo a término indefinido; que para 2003, el salario diario era de $38.081 pagados en quincenas, cifra que no se ajustó conforme el IPC o convenciones colectivas de trabajo. Aseguró que el 21 de febrero de 2003, inició protesta sindical entre la UNIÓN SINDICAL OBRERA – USO y **ECOPETROL S.A.** y el 25 de marzo de 2003 se convocó a Tribunal de Arbitramiento, siendo que la Ley 790 de 2002 y el Decreto 1760 de 2003 conllevaron a la escisión de **ECOPETROL S.A.** y la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS y la SOCIEDAD PROMOTORA DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A., tras lo cual el 09 de diciembre de 2003 se profirió laudo arbitral que finalizó el conflicto colectivo, el cual

definió una compensación salarial de $400.000 por el tiempo trascurrido entre la expiración de la convención y el laudo y para el primer año de vigencia un aumento de salario del 5% y para el segundo año un aumentó el 60% del IPC causado en los 12 meses anteriores, pero el 16 de diciembre de 2003 el Tribunal aclaró su decisión, indicando que el aumento del 5% del salario sería sobre lo devengado al 09 de diciembre de 2003 y que el aumento del segundo año del 60% del IPC de los 12 meses anteriores sería sobre los salarios al 09 de diciembre de 2004.

Manifestó que del 1° de enero de 2004 al 30 de mayo de 2004, recibió un salario de $1.142.430 sin el ajuste convencional y que el 16 de enero de 2004, la USO decidió preparar una huelga general y el 4 de marzo de 2004 el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL solicitó revocar dicha decisión en 8 días hábiles, decisión que fue ratificada pese los recursos de reposición y apelación y el 31 de marzo de 2004 la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA no anuló parte del laudo arbitral y devolvió el mismo para que el Tribunal de Arbitramiento decidiera sobre cuestiones que resolvió sin considerar las negociaciones directas entre las partes y para el 22 de abril de 2004 se decretó la suspensión de actividades en **ECOPETROL** por el personal afiliado a la USO y el 23 de abril de 2004 el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL declaró ilegal la huelga por afectación de un servicio público esencial y autorizó el despido de los promotores y participes en la huelga, siendo despedida la demandante el 07 de mayo de 2004 junto con 247 compañeros más.

Indicó que el 26 de mayo de 2004, **ECOPETROL**, la USO y el Gobierno Nacional acordaron levantar la huelga y constituir un Tribunal de Arbitramiento Ad Hoc para resolver las reclamaciones de los 248 trabajadores despedidos, la reanudación de labores desde el 28 de mayo de 2004, cesar la terminaciones de contratos de trabajo y las acciones administrativas de carácter laboral y dejar sin efectos aquellas que no hubiesen sido notificadas a la fecha de firma del

acuerdo y también pensionó a algunos trabajadores, siendo la demandante pensionada el 28 de mayo de 2004.

Manifestó que el 18 de junio de 2004 la USO presentó querella ante la OIT por violación a los derechos sindicales y entre mayo de 2004 y septiembre de 2004 se firmó acta de conciliación entre las partes, así mismo, el 24 de noviembre de 2004 la H. CSJ dejó en firme el laudo arbitral para hacer efectivos los respectivos ajustes salariales, a su vez, el 21 de enero de 2005 el Tribunal de Arbitramiento Ad Hoc profirió laudo arbitral resolviendo la situación de los trabajadores despedidos, mientras que en junio de 2005 el Comité de la OIT rindió informe 337 en el caso 2355 invitando adoptar recomendaciones para el reintegro de los trabajadores.

Informó que el 04 de julio de 2006, se suscribió acta de acuerdo definitivo de la Convención Colectiva de Trabajo 2006 a 2009 y el 27 de diciembre de 2006 la Ley 1118 de 2006, modificó la naturaleza de **ECOPETROL S.A.** de empresa industrial y comercial del Estado a una Sociedad de Economía Mixta; posteriormente, el Comité de la OIT en noviembre de 2007, invitó al Consejo de Administración a aprobar recomendaciones para el Gobierno Nacional a fin de que las declaratorias de ilegalidad de las huelgas fuera proferidas por autoridades independientes del gobierno. Posteriormente, el 26 de julio de 2010, **ECOPETROL S.A.** y la USO acordaron no usar recursos contra el laudo del Tribunal Ad Hoc; así mismo, en noviembre de 2010 la OIT reiteró la solicitud de modificar el literal h) del artículo 430 CST y el 27 de octubre de 2011 el H. CONSEJO DE ESTADO declaró nula la Resolución 1116 del 22 de abril de 2004. El 10 de diciembre de 2012 **ECOPETROL S.A.** y la USO firmaron acta de acuerdo para terminar la queja del caso 2355 ante la OIT y; el 23 de mayo de 2013, ante la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT – CETCOIT se firmó el Acuerdo 2355 novando la obligación del reintegró de los trabajadores y pago entre el 2004 y el 27 de octubre de 2011 y reconocer y ajustar el nuevo derecho pensional y el 30 de mayo de 2013; **ECOPETROL S.A.** emitió memorando interno sobre la

obligatoriedad de cumplir el acuerdo CETCOIT, por lo cual el 1° de octubre de 2013, se firmó acta de conciliación entre las partes y recibió liquidación con una deducción por indexación de mesadas pensional pagadas de $37.305.830, por tanto, el 1° de octubre de 2013 nació la obligación de **ECOPETROL** de reconocer la pensión de jubilación convencional desde el 28 de octubre de 2011.

Agregó que el 27 de octubre de 2015, presentó reclamación administrativa a **ECOPETROL**, siendo contestada el 11 de noviembre de 2015, que presentó otra reclamación administrativa por diferencias de la reliquidación del contrato el 27 de enero de 2016, siendo contestada el 15 y 19 de febrero de 2016 y que el 02 de septiembre de 2016, incluyó otros trabajadores en la reclamación administrativa, al cual contestó la entidad el 23 de septiembre de 2016. Señaló que en diciembre de 2017 elevó consulta ante el Ministerio de Trabajo sobre la obligación de las Sociedades de Economía Mixta de notificar la Resolución de pensión y se contestó indicando que la falta de notificación implica que el acto administrativo no produzca efectos legales. El 28 de mayo de 2018 solicitó a **ECOPETROL** la resolución o acto administrativo de reconocimiento de la prestación con los acuerdos con la USO de 2004 y 2013.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 302 a 320).**

ECOPETROL S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de vinculación de la demandante, que el 22 de abril de 2004 la USO decretó suspensión de actividades en **ECOPETROL** y fue declarada ilegal; que el 1° de octubre de 2013, se firmó acta de conciliación y nació la obligación de **ECOPETROL** de reconocer la pensión de jubilación desde el 28 de octubre de 2011; que el 27 de enero de 2016, se presentó reclamación administrativa y fue contestada el 15 y 19 de febrero de 2016 y el 02 de septiembre de 2016 se incluyeron otros trabajadores a la reclamación administrativa y fue contestada el 23 de septiembre de 2016, así mismo aceptó como ciertos la reclamación presentada el 28 de mayo de 2018 y que esta fue contestada el 14 y 21 de junio de 2018 y se radicó otra solicitud el

09 de julio de 2018, la cual contestó el 13 de agosto de 2018. Indicó que desde su creación las relaciones con sus trabajadores se regulan por el derecho laboral privado conforme el Decreto 2027 de 1951, por tanto, no expide actos administrativos y en consecuencia no hay acto que declarar inexistente.

Advierte la demandada que con ocasión del acuerdo suscrito entre la USO y **ECOPETROL** a instancias del CETCOIT se procedió a suscribir una conciliación laboral por la cual se declaró paz y salvo a la empresa de todo derecho actual o futuro derivado de los asuntos conciliados con ocasión del cese colectivo de actividades en abril y mayo de 2004 que fue declarado ilegal y la demandante firmó el acta de conciliación donde se le informó el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, alega que no es una novación sino la solución de un conflicto a través del reconocimiento de la prestación pensional, sin que el acuerdo implique que la relación laboral fuera renovada, ya que desde el 12 de mayo de 2004 la demandante tenía una pensión de jubilación y solo se consideró un tiempo adicional sin relación laboral exclusivamente para mejorar el monto de la pensión, así mismo, en dicha acta se estableció a favor de la demandante un monto de $523.560.855, al cual se descontaron deducciones legales de $237.117.357 y cumplimiento de decisiones judiciales de 2011 y 2012 por $225.323.416, entregando la pasiva el saldo de $61.120.082 a la demandante, acuerdo que fue total y definitivo sobre las reclamaciones existente y no afectó derechos ciertos e indiscutible y no medio vicio del consentimiento o carencia de capacidad, siendo por tanto valido y generando efectos de cosa juzgada.

Aseguró que de forma paralela al conflicto colectivo por denuncia de la convención colectiva por la USO se adelantó un cese ilegal como protesta por la presunta privatización de la empresa, siendo ese segundo conflicto el que generó la terminación del contrato de trabajo de la demandante el 12 de mayo de 2004, por tanto, el laudo arbitral que solucionó la denuncia convencional solo aplicó a los trabajadores con vinculo vigente a la fecha en que fue proferido, pese lo cual se

aplicó el incremento pensional a la demandante en la liquidación final de su contrato de trabajo y luego mediante acta de conciliación 000746 de 2004, se zanjaron las controversias por la terminación y se reconoció una pensión proporcional de jubilación en atención a la antigüedad de 19 años 09 meses y 28 días, tras lo cual se celebró un segundo acuerdo el 1° de octubre de 2013, denominado Acuerdo CETCOIT, donde de forma definitiva se concilió el reconocimiento pensional por jubilación plena a partir del 28 de octubre de 2011, con mesada inicial de $2.880.500, ya que la USO y **ECOPETROL** suscribieron ante la OIT acuerdo para mantener el estatus de pensionados y la liquidación y salarios y prestaciones entre la desvinculación de 2004 y el 27 de octubre de 2011 para efectos de reliquidación del derecho pensional.

Finalmente aseguró que la demandante presentó el 27 de octubre de 2015, una solicitud de información y otra el 27 de enero de 2016, manifestando su inconformidad con la liquidación del acuerdo CETCOIT, sin que dichas solicitudes sean reclamaciones administrativas, pues no son reclamos concretos de derechos debidamente individualizados. Interpuso las excepciones de cosa juzgada, inepta demanda, falta de agotamiento de reclamación administrativa, falta de causa e inexistencia de la obligación, pago y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 462, 39:03 cd fl. 460).

El 24 de febrero de 2020, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a* ***ECOPETROL S.A.*** *de todas y cada una de las pretensiones incoada por ÁNGELA FIALLO MARÍN identificada con cédula de ciudadanía No. 63.287.423 conforme las consideraciones de la parte resolutiva de esta providencia.* ***SEGUNDO:*** *de no ser apelada envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.* ***TERCERO: COSTAS*** *correrán a cargo de la parte demandante, tasénse*

por Secretaría, fijando como agencias en derecho el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer la ineficacia de las conciliaciones suscritas entre las partes y si se novó la obligación laboral cuando firmó dicha acta y la relación continuó sin solución de continuidad, así como la procedencia al pago de prestaciones sociales legales y extralegales e indemnizaciones reclamadas y si la pasiva expidió o no un acto administrativo.

Para resolver indicó la demandada aceptó que entre las partes existió una relación laboral, así mismo, que la conciliación laboral es válida si no afecta derechos ciertos e indiscutibles y se acreditó que las diferencias y reclamaciones surgidas con ocasión del cese de actividades 2002-2004 fueron solucionadas por conciliación ante la OIT, en la cual se acordó el pago de una bonificación indemnizatoria total sin que se acredite desconocimiento de derechos ciertos, indiscutibles o vicio en el consentimiento de la demandante, por tanto, dichos acuerdos generan efectos de cosa juzgada siendo válidas las conciliaciones sobre mesadas pensionales futuras, sin que sea relevante la falta de formalidades alegadas por la demandante relativas a un acto administrativo ya que en el acta de conciliación se definió la situación pensional, el pago de dicha prestación ha sido cumplido y el régimen legal laboral de la demandada es el propio de los trabajadores particulares, por tanto, al no ser ineficaz la conciliación no proceden las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandante solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. En su exposición indicó que la demandada, como entidad que hace parte del Estado, está obligada constitucionalmente a proferir un acto administrativo para el reconocimiento de la pensión a la demandante y no se puede equiparar el acta de conciliación como un acto administrativo ni mucho menos a su notificación; en cuanto la cosa juzgada, indicó que pretende que la demandada cumpla el Acuerdo CETCOIT y no dejar sin efecto la conciliación, ya que la

demandada liquidó la pensión por debajo de su real valor y nada impide que la demandante reclame el cumplimiento de dicho acuerdo y por tanto la cláusula que fijó el valor de la pensión en la conciliación se debe tener como no escrita ya que no es válido renunciar a la reliquidación de la pensión[1] (45:32 cd fl. 460).

---

[1] Me permito señor Juez interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Su señoría, usted hizo mención del artículo 53 de la Constitución y del artículo 303 CGP y ha recapitulado un poco acerca de la estructura de ECOPETROL, mencionó los acuerdos que llegó ÁNGELA FIALLO con ECOPETROL y desde ese punto de vista haré mi exposición respecto al recurso, igualmente hizo una recopilación respecto a lo que era la resolución de pensión y los efectos jurídicos de la misma a partir del mismo artículo 53. Bien, debo decirle su señoría respecto a la resolución de pensión que esto no tiene que ver con que a partir de unas sentencias y a partir del mismo artículo 53 se estructure una sentencia en la cual se desconozcan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador como es el reconocimiento pensional, de tal manera que le solicitaría a la Corte Suprema de Justicia revocar la decisión presentada por usted atendiendo que se viola la Constitución Política en su artículo 4 sobre la aplicación de la Constitución frente a normas de carácter inferior y no se puede privilegiar en este caso el artículo 303 CGP o la cosa juzgada jurisprudencial frente a la forma como el Estado comunica sus actuaciones, adicionalmente se viola el artículo 29 referente al debido proceso y el derecho de defensa toda vez que el acto administrativo que se solicita es uno de los elementos esenciales con los cuales el Estado comunica sus decisiones y esto no es un capricho, sencillamente es la misma Constitución la que establece las reglas de juego y es función pública de ECOPETROL acatar el ordenamiento a partir de la misma Constitución, adicionalmente se viola el artículo 48 referente a la seguridad social del empleado al desconocer que la resolución de pensión es la que asigna el monto y la que le permite en tal sentido poder detectar cualquier anomalía por parte del trabajador a ECOPETROL respecto a si hizo bien o no su actuación administrativa, igualmente se viola el artículo 210 referente a que ECOPETROL debe cumplir con la función administrativa en las condiciones señaladas por la ley, el artículo 356 inciso segundo puesto que ECOPETROL sigue siendo parte de la estructura del Estado y no pensar que de acuerdo a la ley 1118 del 2006 ECOPETROL va a hacer una rueda suelta dentro del Estado, por tanto, admitir que no se requiere acto administrativo no es más que una vía de hecho y una violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción toda vez que no explica los efectos legales de la falta de la resolución de la misma, en la sentencia T - 555 de 1999 la jurisprudencia desarrolló el concepto de la vida de hecho y destacó que únicamente se configura sobre la base de una ostensible transgresión al ordenamiento jurídico que repercute en que distorsionando sentido del proceso las garantías constitucionales de quienes son afectados por la determinación judicial implica que pierde la intangibilidad qué le es propia y se figura el amparo como única fórmula orientada a realizar en su caso el concepto material de la justicia, por supuesto, tal posibilidad de tutela no es regla general sino excepción y los jueces ante quien se solicita están obligados a examinar de manera rigurosa el caso para no desvirtuar los principios de autonomía funcional de la jurisdicción y la cosa juzgada, por lo tanto, su Señoría permítame decir que se pasa desapercibido que ECOPETROL hace parte del Estado y debe dar cumplimiento a lo establecido en le Ley 489 de 1998 y los artículos 122 y siguientes del Código y la Constitución Política por ser una sociedad adscrita Ministerio de Minas y Energía y hacer parte de la Rama Ejecutiva del poder público, por lo cual no puede desatenderse que los empleados en este caso serán públicos, aspecto sobre el cual no se pronunció la sentencia. La resolución de pensión y la conciliación realizada entre ECOPETROL y el trabajador no es un acto administrativo y por tanto no debe pensarse que generan los mismos efectos que se le están dando y que la conciliación deba de pregonarse cómo legal desconociéndose la estructura del Estado, el acto administrativo es la expresión de la voluntad del ente administrativo unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y particular y concreto y se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo, órgano competente, objetivo, presupuesto de hecho a partir del contenido en donde se identifique objeto, causa, motivo y finalidad y elementos esenciales referidos a la efectividad de expresión de la voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa y formalidades del procedimiento de expedición y sin tales elementos el acto no será tal y adolece de vicios de formación generadores de invalidez que afecta su legalidad, se viola así el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 que señala reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos, los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación, nótese que aquí, habla que por medio de un acto administrativo y que no se haya retirado del cargo tendrán derecho a que se le reliquide el ingreso base para calcular la pensión, se violan así los artículos 66, 67, 68, 69 y 72 CPACA, referentes al principio de publicidad que está consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, en la cual la función pública, está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, al respecto la Corte Constitucional en sentencia 053 de 1998, magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes, establece que la publicidad supone el conocimiento de los actos de los órganos de autoridades

estatales, en consecuencia implica para ello desplegado una actividad efectiva para alcanzar dicho propósito dado que la certeza y seguridad jurídica exige que las personas puedan conocer no sólo la existencia y vigencia de los mandatos dictados por dichos órganos y autoridades estatales sino, en especial, el contenido de las decisiones por ellos adoptadas, para lo cual la publicación se instituye el presupuesto básico de su vigencia y disponibilidad, mediante los instrumentos creados para tal fin, por tanto, el deber de la publicación de los actos administrativos de carácter particular como en este caso, serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas según el caso, pues, no se entenderán hechas las manifestaciones por parte de la entidad estatal respectiva como en este caso ECOPETROL, adicionalmente, dice que los entes de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar que esos actos mediante la aplicación de avisos, la distribución de volantes, la inserción de otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando al tanto de que estos medios garanticen amplia divulgación; debo igualmente manifestar su señoría que dentro de una las comunicaciones que hizo el MINISTERIO DE TRABAJO respecto a este mismo caso, se pronunció en el comunicado de fecha 05 de abril de 2018 diciendo que la falta o ausencia de la notificación del acto administrativo se entenderá que no causa ningún efecto al destinatario. Respecto a la cosa juzgada debo manifestarle que no se solicitó dentro de la demanda como tal que se dejase sin efecto la conciliación sino que se diera cumplimiento a dicha conciliación, no se quiso por tanto menoscabar el acuerdo llegado entre las partes y menos el acuerdo CETCOIT, uno de los aspectos que resalta la demanda es la violación de los artículos 1508 y 1515 CC que contemplan el dolo como vicio en el consentimiento no tratando de recabar en lo que hizo ECOPETROL sino tratando de notar que ECOPETROL practicó una indexación equivocada y dejó de pagarle a ÁNGELA FIALLO $10.494. 398 su Señoría, cumpliéndose de esta manera con lo establecido en el Código Civil respecto a los vicios del consentimiento, no puede ser por reserva mental de ECOPETROL y por astucia o argucia que reliquiden un contrato laboral por debajo de lo acordado convencional y legalmente acordado también a través de un contrato que es fuente de obligaciones, por tanto, no hay cosa juzgada por faltar el cumplimiento de la condición establecida en el acuerdo CETCOIT de pensionar al trabajador ya que el contrato CETCOIT visto entre las pruebas aportadas en el capítulo octavo Folio 63 establece que se les mantendrá el estatus de pensionados, pero la pregunta es cómo se mantiene dicha condición sino por medio de un acto administrativo válido, eficaz y controlable jurídicamente, igualmente no hay cosa juzgada por la violación del artículo 256 CGP, que refiere a los documentos ad substantiam actus y dice que la falta de documentos que la ley exija para la solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por ninguna otra prueba, de tal suerte su señoría que el acta de conciliación no puede ser base o no puede tomarse como un elemento con el cual se desconozcan sus derechos ciertos e indiscutibles, por tanto, si la ley señala que el documento resolución de pensión es necesario para pensionar al trabajador, mal podría pensarse que la nulidad solicitada de la conciliación apareje el querer dejar sin efecto el acuerdo CETCOIT o la conciliación sino más bien es que se le dé cumplimiento a dicho acuerdo y a dicha conciliación, ahora bien, el contrato CETCOIT no previó la conciliación como mecanismo de solución del conflicto laboral, ECOPETROL unilateralmente creó el mecanismo de la conciliación extrajudicial para reintegrar a los trabajadores sin que ninguna parte del contrato CETCOIT emergiera tal condición, con lo cual se violan los efectos queridos por las partes, en especial los contenidos en los artículos 1494, 1495, 1500 y 1501 CC, el primero sobre la obligación contraída por ECOPETROL, el Estado Colombiano y la OIT referente a pensionar al trabajador por un despido ilegal, el 1495 respecto al que el contrato obliga a lo que él se consigna, el 1501 toda vez que el acuerdo CETCOIT no establece condición alguna para conciliar sobre hechos ciertos e indiscutibles nacidos del mismo contrato, igualmente no hay cosa juzgada porque el acuerdo CERCOIT nace a partir de las decisiones ilegales de ECOPETROL que violaron el derecho internacional al trabajo. El Código Civil define en su artículo 2469 el contrato de transacción como aquel en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, por su parte la Constitución en su artículo 53 y el código sustantivo del trabajo en los artículos 13 y 15 consagran que en materia laboral sólo se pueden transigir y conciliar los derechos inciertos y discutibles y los derechos mínimos a favor del trabajador son renunciables, en sentencia T 662 de 2012 se dice según la Corte Constitucional que refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral, de suerte que los logros alcanzados en su favor no puede ni voluntaria ni forzosamente por mandato legal ser objeto de renuncia obligatoria pues se busca asegurarle al trabajador un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana, siendo por lo tanto de orden público las disposiciones legales que regulen el trabajo humano y sus sustraídos de la conducta de la voluntad privada los derechos y preparativas en ella reconocidos, salvo los casos exceptuados expresamente por la ley. En el área del derecho laboral, como en este caso nos ocupa, los derechos son en principio renunciables en un eventual acuerdo en razón a que se trata de derechos individuales que solo miran el interés particular del renunciante, nótese que es el interés particular del demandante no es, este acuerdo CETCOIT precisamente lo firmó ECOPETROL atendiendo que había un reclamo ante la OIT y que por lo tanto tenía que para efectos de que el Estado colombiano no hubiese sido sancionado reconocerle los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador y quedaron allí consignados dentro de dicho acuerdo CETCOIT, entonces, en definitiva dice la Corte Constitucional no es admisible la conciliación acerca derechos ciertos e indiscutibles como quiera que ellos están comprendidos dentro del derecho imperativo y no dentro del derecho dispositivo, pero qué hace en el ámbito laboral que un derecho sea cierto e indiscutible, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** desistió de las pretensiones principales 6, 16, 17 y 18 y las pretensiones subsidiarias 3, 4 ,5, literal i) 6, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, desistimiento que se acepta por cuanto dicho apoderado tiene facultad para desistir (fl. 1), de otra parte, reiteró la necesidad de expedir resolución de pensión y solicitó acceder a la pretensión de reliquidación de la pensión y devolución de dineros descontados ilegalmente por indexación de mesadas pensionales. De otra parte, la apoderada principal de la demandada **ECOPETROL S.A.** sustituyó poder a la Dra. Rosa María Escobar Nieves, identificada con CC 52.705.580 y T.P. 122.583 del C.S.J., quien solicitó confirma el fallo de primera instancia, siendo que el 1° de octubre de 2013 se celebró conciliación por la cual se dio cumplimiento al acuerdo del 23 de mayo de 2013 ante la CETCOIT, por el cual se mantuvo es estatus de

---

Suprema de Justicia sentencia el 8 de junio del 2011 puntualizó que el carácter de cierto indiscutible de un derecho laboral que impide que sea materia de una transacción surge del cumplimiento de los supuestos de hecho y de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra, por tanto, un derecho será cierto real innegable cuando no haya dudas sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad, nótese que el acuerdo CETCOIT permite determinar unos elementos ciertos e indiscutibles y no hay absolutamente nada que no permita al trabajador solicitar que se le cumpla con los términos del acuerdo CETCOIT. Ahora respecto a la reliquidación de la pensión se viola el artículo 48 inciso segundo de la Constitución Política que establece que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, en sentencia 320 de 2012 se dijo que la jurisprudencia la Corte Constitucional ha asumido que las cláusulas mediante las cuales se renuncia a derechos ciertos e indiscutibles se entienden como no escritas, principio IURA NOVIT CURIA, aplicación en este caso ya que los jueces debieron atender la cláusula atinente al monto de la pensión como no escrita, en contra de esta afirmación podría aducirse que la referida disposición no fue citada por ninguna de las partes procesales y que en este sentido el Juez no tenía la obligación de hacer uso de ella para la solución del caso concreto, en otras palabras, a partir de la misma Constitución Política no le es permitido al trabajador renunciar a que se le reliquide la pensión, si ese fuese el caso, adicionalmente, si se trata de la cosa juzgada y ya para culminar Señoría quiero dejar sentado que no se da por demostrado por parte del Despacho a partir de las explicaciones y pruebas aportadas con la demanda en el capítulo 3 y 4 la falta del incremento salarial del año 2004, que no se ajustó el sueldo con base en el escalafón de aplicación artículo 128 de la convención colectiva de trabajo, no dar por demostrado que el salario no fue actualizado conforme lo acordado en el CETCOIT, no a dar por demostrado que la indexación afecta el cálculo de los conceptos salariales de orden convencional y legal, no da por demostrado que el salario ordinario es el conformado por el salario convencional más subsidios de alimentación, transporte y subsidio habitación, horas extras y viáticos, no dar por demostrado que si una debida reliquidación del contrato a partir del acuerdo CETCOIT es imposible establecer la realidad de la pensión, no dar por demostrado que la liquidación que hace acompañado con la demanda en Excel permitía elaborar el caso contra la demandada ECOPETROL S.A. y desvirtuaría la presunción de inocencia sobre esta, no dar por demostrada la mala fe de ECOPETROL al indexar equivocadamente las mesadas pensionales, lo que permitiría revisar a integridad la pensión del trabajador, que debió fijarse en principio en la suma de$ 1.300.000 para la época, no dar por demostrado un cálculo errado de las horas extras, de tal suerte su señoría que pediría una reconsideración respecto al tema y de no ser así entonces pedirle que envíe el caso al competente, muchas gracias.

pensionado a la demandante y pago de salarios, prestaciones sociales y beneficios convencionales causados entre la desvinculación en 2004 y el 27 de octubre de 2011 y a la reliquidación del derecho pensional, diligencia valida por cuanto no afectó derechos ciertos e indiscutibles y generó efectos de cosa juzgada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer la procedencia de revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones, para lo cual deberá determinarse si la demandada está obligada a expedir un acto administrativo que reconozca la pensión de la demandante y si le asiste derecho a la reliquidación de su prestación pensional, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existe controversia de que: ***i)*** entre las partes existió un contrato individual de trabajo a término indefinido entre el 13 de mayo de 1986 y el 12 de mayo de 2004;***ii)*** el 22 de abril de 2004 inició un cese de actividades de los afiliados de la UNIÓN SINDICAL OBRERA – USO de **ECOPETROL S.A.**; ***iii)*** el 12 de julio de 2004, se celebró conciliación laboral entre la demandante **ÁNGELA FIALLO MARÍN** y la demandada **ECOPETROL S.A.**, en desarrollo del acuerdo suscrito entre el Gobierno Nacional y la USO, con ocasión del de la suspensión colectiva de trabajo del mes de abril de 2004 .(fl. 332 a 334); ***iv)*** el 1° de octubre de 2013, se celebró conciliación laboral entre las partes, en desarrollo del Acuerdo logrado en el CETCOIT sobre situación de trabajadores despedidos con ocasión del conflicto colectivo 2002-2004 (fl. 336 a 340).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

El apoderado de la demandante **ÁNGELA FIALLO MARÍN** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones Indicó que la demandada está obligada a proferir acto administrativo de reconocimiento de pensión, que nunca pretendió la nulidad de la conciliación sino el cumplimiento de **ECOPETROL S.A.** de reliquidar la pensión conforme lo acordado, sin que nada impida solicitar dicha reliquidación.

De otra parte, el precitado apoderado desistió de las pretensiones principales 6, 16, 17 y 18 y pretensiones subsidiarias 3, 4 ,5, literal i) 6, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, relativas a las solicitudes de pago de incrementos salariales de enero de 2004 a mayo de 2004, indemnización moratoria, reconocimiento y pago de la mesada catorce e incumplimiento del artículo 121 convencional por no comunicar la decisión de pensión, condena al pago de cesantías e intereses a la cesantías, indexación e interés moratorios, prestaciones sociales, indemnización por despido, incremento salarial, que el contrato de trabajo continúa vigente, falta de notificación de la pensión convencional, declaratoria de nulidad del acta de conciliación de 2013 y reconocimiento y pago de mesada 14.

Procede la Sala a resolver el primer punto de reproche del recurso de apelación relativo a la presunta obligación de **ECOPETROL S.A.** de reconocer la pensión de jubilación mediante acto administrativo.

Al respecto resulta relevante considerar que la creación de **ECOPETROL S.A.** fue autorizada por la ley 105 de 1948 y estructurada y organizada mediante Decreto 030 del 09 de enero de 1951 como una entidad descentralizada de la administración pública con personería jurídica, posteriormente el Decreto 2027 del 28 de septiembre de 1951

señaló que las relaciones de trabajo de dicha empresa se rigen por el derecho común laboral contenido en el Código Sustantivo de Trabajo; posteriormente, la Ley 1118 de 2006, estableció que dicha entidad es una sociedad de economía mixta, estableciendo el artículo 7° de dicha Ley indicó que a partir del cambio de naturaleza jurídica de la entidad todos los servidores públicos de **ECOPETROL S.A.** tendrían la calidad de trabajadores particulares y, por ende, los contratos de trabajo seguirán regidos por el Código Sustantivo del Trabajo.

La H. Corte Constitucional analizó el artículo 7 de la Ley 1118 de 2006, concluyendo que el mismo es exequible considerando que todas las personas vinculadas a **ECOPETROL S.A.** son trabajadores oficiales salvo el presidente y el jefe de la oficina de control interno, conforme el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 y los estatutos de la empresa (Decreto 1209 de 1994 y 2933 de 1997) y que su clasificación como trabajadores particulares únicamente para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y la vigencia de la prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas celebradas entre dicha empresa y sus trabajadores.

Conforme las anteriores citas normativas y jurisprudenciales, no queda duda alguna para la Sala que la relación laboral que existió entre las partes estuvo regida por el derecho laboral privado, muy a pesar de que **ECOPETROL S.A.** sea parte de la administración pública como sociedad de economía mixta.

Así las cosas, los eventos claves en el desarrollo de la relación laboral de la demandante con la empresa demandada no estaban sujetos a la necesidad de expedición de acto administrativo alguno como requisito necesario para su validez, sin que ello implique desconocer la calidad de trabajadora oficial. En efecto, la vinculación inicial de la demandante el 19 de enero de 1984, se hizo mediante contrato de trabajo y no por acto administrativo (fl. 342 a 343), así mismo, su segunda vinculación a término indefinido el 13 de mayo de 1986, se realizó mediante contrato de trabajo y no a través de acto

administrativo (fl. 345), así mismo, la terminación del contrato de trabajo el 11 de mayo de 2004 se hizo por carta motivada y no mediante acto administrativo (fl. 349).

Los anteriores elementos de prueba, junto a la existencia de normas legales que establecen que el régimen jurídico de los trabajadores oficiales de **ECOPETROL S.A.** se rige bajo el derecho laboral privado, permiten desestimar la tesis del apoderado de la parte demandante en cuanto a que no existía modo alguno diferente a la expedición de un acto administrativo para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante, ya que no existe ninguna disposición jurídica que obligue a dicha sociedad de economía mixta a comunicar las decisiones de forma distinta a los medios usuales de comunicación usados en las relaciones laboral particulares.

Advierte el apoderado de la parte demandante que la ausencia de acto administrativo vulnera los derechos al debido proceso y contradicción de su representada por cuanto esa es la única manera para conocer la asignación del monto y así detectar cualquier anomalía, pero tal argumento no es de recibo de esta Sala por cuanto en el acta de conciliación se indicó de forma clara, expresa y concreta el monto de la mesada pensional de la demandante tanto al momento de la causación de dicha prestación en 2011 como al momento de la celebración de la conciliación en 2013 (fl. 337), lo cual permite concluir que si se le indicó el monto de la pensión.

Del mismo modo, la Sala rechaza el argumento señalado en el recurso de apelación de indicar que **ECOPETROL S.A.** no requiere comunicar sus decisiones por acto administrativo implica que actué como una "*rueda suelta del Estado*", toda vez que la Ley 489 de 1998 consagró todo un régimen jurídico aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta que se asimilan a las mismas, consagrando expresamente los artículos 92 y 97 *ibídem* que sus actos se sujetan al derecho privado salvo las excepciones consagradas por la Ley, advirtiendo la Sala al

apoderado de la parte apelante que el régimen laboral no hace parte de esas excepciones por expreso mandato legal conforme las normas analizadas a lo largo de esta providencia.

Tampoco es aplicable el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 al caso bajo estudio como lo afirmó el apelante, toda vez que el mismo hace referencia a las condiciones de reliquidación pensional de aquellos funcionarios y empleados públicos cuya pensión de jubilación se notifica mediante resolución, sin que ese sea el caso de la demandante, quien hizo parte de un régimen especial donde su relación como trabajadora oficial estuvo regida por el Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, la Sala rechazará la tesis de la parte apelante relativa a la obligatoriedad de **ECOPETROL S.A.** de proferir y notificar un acto administrativo para reconocer la pensión de jubilación convencional de la demandante.

Procede la Sala a resolver el segundo punto de reproche elevado en el recurso de apelación relativo a que la parte demandante nunca solicitó la nulidad de la conciliación sino el incumplimiento de **ECOPETROL S.A.** de liquidar la pensión de jubilación convencional conforme el acuerdo CETCOIT sin que sea válido indicar que la demandante renunció a solicitar la reliquidación pensional.

De entrada, anuncia la Sala que resolverá dicha suplica desfavorablemente, por cuanto los elementos de prueba allegados al expediente acreditan que la relación laboral que inició el 13 de mayo de 1986 (fl. 345) finalizó el 11 de mayo de 2004 por decisión unilateral y con justa causa de **ECOPETROL S.A.** (fl. 349) debido a la participación activa de la demandante en el cese de actividades declarado ilegal por Ministerio de Trabajo, mediante la Resolución 1116 del 22 de abril de 2004.

Posteriormente, el 28 de mayo de 2004, **ECOPETROL S.A.** reconoció a la demandante pensión proporcional de jubilación en virtud del numeral 2.2.1 del Acuerdo celebrado entre la USO, la demandada y el Gobierno Nacional el 26 de mayo de 2004 (fl. 413 a 417), a favor de aquellos trabajadores que al momento de su desvinculación tenía 58 o más puntos respecto la modalidad pensional convencional plan 70 del artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para dicho año (fl. 351); también se demostró que el 12 de julio de 2004, se efectuó conciliación laboral entre las partes, en donde se dio aplicación al Acuerdo de 2004 y se le reconoció pensión de jubilación proporcional equivalente al 68.36% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios para un valor inicial de mesada de $1.386.825 (fl. 332 a 334) a partir del día siguiente a su desvinculación.

Del mismo modo, se acreditó que el 23 de mayo de 2013, ante la COMISIÓN ESPECIAL DE TRATAMIENTO DE CONFLICTOS ANTE LA OIT – CETCOIT, la Unión Sindical Obrera cerró la queja ante **ECOPETROL** en virtud del acuerdo alcanzado en esa fecha, en donde considerando que la Resolución que declaró ilegal el cese de actividades (Resolución 1116 de 2004) fue declarada nula por el H. Consejo de Estado mediante sentencia del 27 de octubre de 2011, se definió respecto de las personas que fueron pensionadas por el Acuerdo del 26 de mayo de 2004, se les mantendría el estatus de pensionados y se pagarían salarios y prestaciones sociales por el tiempo trascurrido desde su fecha de desvinculación y el 27 de octubre de 2011 y se reliquidaría su derecho pensional, acordando expresamente las partes del acuerdo que para ello se suscribirían conciliaciones ante el Ministerio del Trabajo con acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación (fl. 353 a 369).

Así mismo, en el precitado acuerdo del 23 de mayo de 2013, se indicó que para efectos de reliquidar la pensión de jubilación se tendrían en cuenta las variables señaladas en el Anexo 5 de dicho Acuerdo, siendo la primera de ellas el hecho de que se consideraría el

salario básico convencional de cada trabajador considerando lo pagado por laudo (fl. 367), lo cual concuerda con la manifestación de la apoderada de la parte demandada, según la cual, a partir del 09 de diciembre de 2003, el salario básico de la demandante aumentó a $39.986 debido al Laudo Arbitral (fl. 307vto), lo cual concuerda con lo señalado en la certificación laboral del 18 de julio de 2019 (fl. 347), desvirtuando la manifestación del apoderado de la parte demandante de que el salario de 2003 de $38.081 diarios no fue ajustado considerando el IPC o convenciones colectivas de trabajo y laudos arbitrales.

Así las cosas, observa la Sala que el 1° de octubre de 2013 se celebró conciliación laboral entre las partes y acompañamiento de un miembro de la junta directiva de la USO y de la Procuraduría General de la Nación (fl. 336 a 340), en virtud de la cual **ECOPETROL S.A.** procedió a pagar salarios, prestaciones sociales legales, beneficios y subsidios convencionales, a la vez que consideró aquellos conceptos con incidencia en el monto de la pensión convencional de jubilación para reajusta dicho derecho prestacional, el cual dejó de ser considerado como proporcional para ser considerada plena al ser su tasa de reemplazo elevada hasta el 75% y se fijó como nueva fecha de reconocimiento el 28 de octubre de 2011 (día siguiente a la fecha de la sentencia del H. Consejo de Estado que declaró nula la Resolución 1116 de 2004), conforme las operaciones aritméticas que se adjuntaron al acta de conciliación (fl. 340).

Así las cosas, el monto inicial de la pensión de jubilación paso de ser de $1.386.825 y fecha de causación de 2004 (fl. 334) a $2.880.500 con fecha de causación de 2011 (fl. 340), modificaciones que conllevaron a que el monto recibido por la demandante desde el 12 de mayo de 2004 fueran *compensados* con el valor de salarios, prestaciones sociales legales y beneficios y subsidios convencionales que se pagaron en el periodo del 12 de mayo de 2004 al 27 de octubre de 2011, por cuanto no es procedente que la demandante recibiera pensión por jubilación al mismo tiempo que recibía derechos laborales

por tener un contrato laboral vigente con **ECOPETROL S.A.**, tras lo cual después de la compensación quedo un saldo de $286.443.498 a favor de la demandante, de lo cual la demandada dedujo $225.323.416 por concepto de pagos de decisiones judiciales de 2011 y 2012, lo que conllevó a que el saldo final pendiente de pago a favor de la demandante fuera de $61.120.082

Así las cosas, observa la Sala que la conciliación laboral celebrada entre las partes el 1° de octubre de 2013 no versó sobre derechos ciertos e indiscutibles, por cuanto el salario, prestaciones sociales y beneficios convencionales y derecho a jubilación convencional fueron reconocidos y pagados, siendo que el saldo pagado a la demandante luego de la compensación se imputó a cualquier derecho incierto y discutible derivado de la terminación del contrato de trabajo.

Así las cosas, se cumplen los requisitos para declararla validez del acta de conciliación celebrada entre las partes. En efecto, el artículo 19 de la Ley 640 de 2001 señala que puede ser conciliada toda materia susceptible de transacción, desistimiento o conciliación, mientras que el artículo 2470 CC indica que solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en dicho acto. Los anteriores requisitos deben ser interpretados en el derecho laboral y de la seguridad social bajo el principio de irrenunciabilidad de los derechos y garantías mínimas consagrado en el artículo 3 constitucional, 3 de la Ley 100 de 1993 y 13, 14 y 15 CST, por tanto, es únicamente valida la transacción y conciliación que recae sobre derechos inciertos y discutibles, tal y como ocurrió en el presente asunto, ya que los derechos ciertos e indiscutibles fueron reconocidos expresamente en las sumas pagadas por **ECOPETROL S.A.**, quien a su vez consideró los factores con incidencia salarial para liquidar el monto inicial de la pensión plena de jubilación convencional.

Al no existir mérito para considerar que la conciliación del 1° de octubre de 2013, implicó el desconocimiento del acuerdo CETCOIT de

mayo de 2013, tampoco existe mérito alguno para acceder a la modificación de la misma, por cuanto esta no afectó derechos ciertos e indiscutibles, motivo por el cual la misma mantiene los efectos de cosa juzgada conforme el artículo 303 CGP, lo que conlleva a rechazar las suplicas de reliquidación pensional.

Así las cosas, para la Sala no es viable entrar a resolver el reproche del apelante relativo a la presunta ilegalidad de los descuentos por indexación de sumas pensionales, toda vez que dicho asuntó fue conciliado válidamente y no puede ser objeto de pronunciamiento judicial en razón a los efectos de cosa juzgada, más aún cuando tal medida es notoriamente legitima, por cuanto la demandante al ser considerada válidamente vinculada laboralmente a **ECOPETROL** entre el 12 de mayo de 2004 al 27 de octubre de 2011 en virtud del acuerdo CETOIT no puede pretender por ese mismo tiempo el devengar mesadas pensionales por jubilación, por cuanto ambos conceptos resultan contradictorios.

Conforme las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

20-2019-00283-01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0180-2020

Radicado N° 23 2019 00687 01

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

BLANCA INES GRANADOS MONDRAGON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **PROVEEDORES PARA SISTEMAS Y CIA S.A.S.** Solicita que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que estuvo vigente entre el 1° de febrero de 2007 y el 20 de enero de 2017, que fue despedida sin justa causa y que se encontraba en condición de debilidad manifiesta por razones de salud al momento de la terminación del contrato. Pide que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de terminación del proceso de acuerdo a lo

previsto en el numeral primero del artículo 65 del CST en concordancia con el artículo 140 del CST, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 1° de febrero de 2007 mediante contrato de trabajo a término fijo; que ocupaba el cargo de auxiliar de servicios generales y devengaba un SMLMV. Aduce que debía trabajar de 8:00 a.m. a 12:00 del día y de 1:00 a 6 pm.; que el 2 de enero de 2008, la empresa de manera unilateral decidió cambiar el contrato por uno a término indefinido, que el 2 de diciembre de 2014 realizando sus labores habituales sufrió un accidente de trabajo, por el cual la ARL entregó a la empresa recomendaciones laborales desde el 4 de febrero de 2015; que el 18 de noviembre de 2016, fue coaccionada a firmar un acuerdo de confidencialidad de información y el 18 de noviembre de 2016, la demandada decidió dar por terminado el contrato sin justa causa sin tener en cuenta su condición de debilidad manifiesta ni solicitar el permiso respectivo ante el Ministerio de Trabajo.

Informó que la demandada nunca le entregó un preaviso para la terminación del contrato, que fue citada por la empresa para firmar la liquidación pero que ésta no fue cancelada, que dentro del examen de egreso que se practicó se le definió que tiene patologías para seguimiento por la EPS y ARL, que tiene una patología común y se encuentra en proceso de calificación. Aduce que el 13 de septiembre de 2019, la ARL le definió una pérdida de capacidad laboral del 13.90% de origen común, y que a la terminación del contrato la demandada no le entregó el estado de pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROVEEDORES PARA SISTEMAS Y CIA S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral

y que ésta inicialmente estuvo regida por un contrato a término fijo y luego por un contrato a término indefinido, aceptó la ocurrencia del accidente de trabajo, las recomendaciones realizadas por la ARL y que el contrato finalizó sin justa causa, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento injusto, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y mala fe (fls. 80 a 96).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 3 de noviembre de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada **PROVEEDORES PARA SISTEMAS Y CIA S.A.S.** de las pretensiones incoadas en la demanda por parte de **BLANCA INES GRANADOS MONDRAGÓN**, conforme a lo considerado. **SEGUNDO: COSTAS** a cargo de la parte demandante. **TERCERO: CONSULTA,** de no ser apelada la presente sentencia, se ordena se remita al honorable Tribunal Superior distrito judicial, sala de decisión laboral para que se surta grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la trabajadora, dado que las resultas del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones."*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato de trabajo. Para resolverlo indicó que la demandante no era beneficiaria de las garantías previstas en la Ley 361 de 1997 a la terminación del contrato. Para llegar a esta conclusión consideró que de acuerdo a las pruebas del expediente, lo único conocido por el empleador fueron las recomendaciones laborales realizadas por la ARL a la demandante en el año 2015 en virtud del accidente de trabajo sufrido, dijo además

que estos solos documentos no son indicativos de una condición de debilidad en la actora, y menos pueden llevar a concluir que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio, dijo que la demandante desempeñaba sus funciones con normalidad y no existe prueba de que tuviera algún impedimento o limitación para ejecutar la labor asignada.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que se demostró dentro del proceso que la demandante se encontraba en un estado de debilidad manifiesta por razones de salud para la fecha de terminación del contrato de trabajo y que por ello la demandada no podía dar por terminado el contrato sino esperar a que se resolviera la situación de salud que aquejaba a su trabajadora[1].

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reiteró los argumentos expuestos en el

[1] "Buenos días, vamos a hacer uso del recurso de apelación su señoría, desde ya se solicita con mucho respeto al juez de segunda instancia que conceda las pretensiones de la demanda, toda vez a como quedo en el curso del proceso demostrado, que el representante legal de la empresa demandada tenía el estado de salud delicada al sufrir un accidente laboral que la ARL emitió unas recomendaciones, motivo por el cual se genera unos diagnósticos y los presentes generaban problemas de salud, también afirmaron en el interrogatorio que se le realizó al representante legal, que tenía conocimiento del estado de salud, pero que era unas recomendaciones pequeñas, como bien lo ha dicho el honorable juez de primera instancia, se refería a la clasificación de severa moderada y conjunta, en la cual no manifiesta si es pequeña, moderada o grande, en ese momento la trabajadora gozaba de una debilidad manifiesta que es muy distinto una estabilidad laboral reforzada y por ende, la empleadora debía proteger su estabilidad laboral reforzada entre comillas que generaban y esperar a que se resolviera la situación de salud de la cual estaba aquejando a la trabajadora, en el momento de la ausencia laboral, por las razones antes expuestas, solicito muy amablemente a los jueces de segunda instancia se accedan a las pretensiones de este apoderado, muchas gracias".

recurso y que su poderdante es beneficiaria del fuero de estabilidad que regula la Ley 361 de 1997.

Por su parte el apoderado de la parte demandada solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la demandante no se encontraba en estado de debilidad manifiesta a la fecha de terminación del contrato.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si la demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por razones de salud al momento de la terminación del contrato y en tal caso determinar las declaraciones y condenas correspondientes.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** entre la demandante y la sociedad demandada existió una relación laboral regida por dos contratos de trabajo; el primero, a término fijo entre el 1° de febrero de 2007 y el 31 de enero de 2008; y el segundo, a término indefinido vigente entre el 2 de febrero de 2008 y el 18 de noviembre de 2016 (fls. 97 a 99 y 101); ***ii)*** que la demandante fue contratada como auxiliar de servicios generales y devengaba un salario mínimo legal mensual vigente (fl. 102); ***iii)*** que la demandada dio por terminado el contrato sin justa causa y al efecto realizó el pago de la indemnización respectiva (fls. 101 y 102); ***iv)*** que el 25 de enero de 2018 la Junta Nacional de Calificación de

Invalidez definió una pérdida de capacidad laboral del 13.90% a la demandante (fl. 43).

- **Estabilidad Laboral Reforzada por Afectaciones de Salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991, consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición conforme la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente, se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001; sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente validas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en la sentencia SL2841 de 2020, donde indicó que en vigencia del precitado decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

El actual concepto de discapacidad concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017, se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el MINISTERIO DE TRABAJO.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que

brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las Entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del MINISTERIO DE TRABAJO; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso interpuesto, siendo relevante precisar, conforme los antecedentes normativos expuestos, que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018, corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, corresponde a la demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces, esto es, que sufría de una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limitó o impidió su capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, que conforme lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo.

Para el efecto, se allegó al expediente copia del informe de accidente de trabajo sufrido por la demandante el 2 de diciembre de 2014 reportado a la ARL Sura, donde consta que sufrió una caída en la calle que le ocasionó una contusión (fls. 25 a 26), recomendaciones médico-laborales realizadas por la ARL Sura a la actora los días 4 de febrero de 2015, 24 de abril de 2015 y 19 de noviembre de 2015 (fls. 27 a 29), ésta última dirigida a la directora administrativa de la sociedad demandada y con la precisión de que tales recomendaciones debían ser implementadas por 9 semanas (fls. 30 y 31).

Así mismo, se allegó copia de la historia clínica de fecha 18 de febrero de 2016 que define como diagnóstico de la demandante "*CONTUSIÓN DE OTRAS PARTES Y LAS NO ESPECIFICADAS DE LA PIERNA*" (fl. 100), y el concepto médico de egreso donde consta que la actora tiene patologías para seguimiento de la EPS y la ARL, que está en proceso para definir el porcentaje de pérdida de capacidad laboral por accidente laboral sufrido en el año 2014 y que padece de artrosis y rizartrosis (fls. 35 y 36).

De los documentos referidos se deduce que la demandante durante el curso de la relación laboral tuvo una afectación en su salud, aparentemente relacionada con el accidente trabajo sufrido en el año 2014 y que a causa de dichas afecciones le fueron expedidas recomendaciones por parte de la ARL, las cuales tenían una vigencia de 9 semanas, contadas desde la fecha de expedición (26 de noviembre de 2015). Precisa la Sala al efecto, que en el expediente no obra prueba adicional que acredite que tales recomendaciones hayan sido objeto de prorroga o que estuvieran vigentes al momento en que se dio por terminado el contrato de trabajo, ni tampoco está acreditado que la demandante tuviera otro padecimiento o patología diagnosticada al momento de la terminación del contrato o con anterioridad, pues ni siquiera obra copia completa de la historia clínica, ni concepto médico alguno del cual se deduzca cuales eran sus padecimientos.

En este orden de ideas, no es posible establecer ni siquiera que la actora hubiere tenido alguna condición de salud especial al momento en que se terminó el contrato de trabajo, y menos aún la existencia de una afectación que imposibilitara o limitara sustancialmente el desarrollo de sus funciones con normalidad.

Resulta oportuno precisar, que no cualquier afectación en la salud causa la aplicación del fuero de estabilidad ni conlleva a concluir que una persona se encuentra en estado de debilidad

manifiesta. No es posible, a juicio del Tribunal, definir que la demandante se encontraba en el estado de debilidad que aduce el apoderado en el recurso, de la sola manifestación que obra en el examen médico de egreso y de las recomendaciones médico laborales que no se encontraban vigentes al momento de la terminación del contrato, pues como se dijo, la existencia o aplicación del fuero que aquí se estudia, solo podría definirse si se demuestra una afectación de salud que impida o limite la capacidad de trabajo, situación que no ocurrió en el caso bajo estudio.

Nada diferente puede concluir la Sala de lo manifestado por el representante legal de la sociedad en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 1 audio 1 min. 18:44), pues éste aceptó la ocurrencia del accidente de trabajo y que la ARL les notificó unas recomendaciones médico – laborales para el caso de la demandante en el año 2015. Manifestaciones que no aportan nada nuevo a lo ya estudiado en precedencia.

Tampoco resulta útil al efecto, lo dicho por la demandante en el interrogatorio de parte absuelto (CD. 1 audio 1 min. 39:48), pues sus afirmaciones no inciden ni sirven para cambiar lo hasta aquí concluido.

Así las cosas, es claro para la Sala que la demandante no probó la situación que a ella le correspondía para trasladar la carga de la prueba a la sociedad demandada respecto de que la terminación del contrato no obedeció a un trato discriminatorio generado por la condición de salud de la trabajadora, en esos términos el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones, precisando al efecto, que si bien la terminación del contrato de BLANCA INES GRANADOS MONDRAGON se dio sin justa causa, esta forma de terminación del contrato está definida como una facultad legal del empleador, previo pago de la indemnización correspondiente, y como se dijo, no está

acreditado que la demandante sufriera afectaciones en su salud que impidieran el cumplimiento de sus funciones, para entender que se trataba de una decisión discriminatoria.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada

HERNAN MAURICIO OLIVERSO MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-00199-2021

Radicado N° 24 2018 00189 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 14 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

HERIBERTO ACOSTA GARZON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **UNIDAD RESIDENCIAL FONTIBON PH.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 26 de noviembre de 2013 y el 30 de junio de 2016, que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones,

sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización moratoria y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que inició a prestar servicios a la demandada el 26 de noviembre de 2013, como guarda de seguridad; que cumplía sus labores en turnos de 12 horas diarias de domingo a domingo, que cada 15 días debía cumplir un turno de 24 horas; que devengaba la suma mensual de $1.050.000 más un auxilio de transporte; que siempre cumplió sus funciones de manera personal y atendiendo las instrucciones de su empleador; que durante el tiempo de la relación laboral no le cancelaron los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y que dicha relación finalizó por la renuncia que presentó el 15 de junio de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

UNIDAD RESIDENCIAL FONTIBON PH Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos los negó en su totalidad y adujo que el actor estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios. Propuso como excepciones las de inexistencia del contrato de trabajo verbal y relación laboral, inexistencia de prestaciones sociales a cargo del demandado y falta de capacidad jurídica y causa para demandar. (fls. 350 a 355).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de octubre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó a la demandada al pago de prestaciones, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor **HERIBERTO ACOSTA GARZÓN** identificado con la cédula 19.469.711 y la **UNIDAD RESIDENCIAL FONTIBON, Propiedad Horizontal,** existió una relación laboral o un contrato laboral con vigencia del 26 de noviembre de 2013 al 30 de junio 2016, que fue terminado por decisión del demandante. **SEGUNDO: DECLARAR** que los salarios devengados por el demandante corresponden a la suma de: A) $966.000 para el 2013, B) $990.000 para el 2014 C) $1.020.000 para 2015, D) $1.050.000 para 2016. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada **UNIDAD RESIDENCIAL FONTIBON, Propiedad Horizontal,** a pagar en favor del demandante señor **HERIBERTO ACOSTA GARZÓN** identificado con la cédula de ciudadanía número 19.469.711, las siguientes sumas por los conceptos que se relacionan a continuación: A) por cesantías la suma de $2.280.621. B) intereses a las cesantías $293.727. C) por vacaciones $1.314.458. D) prima de servicios $2.820.621. E) por sanción por no consignación de cesantías la suma de $28.422.000. F) indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, a razón de un día de salario en la suma de $35.000 desde el 01 de julio 2016 hasta el 30 de junio de 2018 la suma de $25.200.000, y a los intereses moratorios a la tasa máxima establecida para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera a partir del 01 de julio de 2018, hasta la fecha en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales en los términos que indica el artículo 65 del código sustantivo de trabajo. **CUARTO: DECLARAR** no probada las excepciones propuestas por la parte demandada. **QUINTO: COSTAS** a cargo de la parte demandada a favor del demandante, toda vez que prosperaron las pretensiones para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000, por secretaria liquídense en la oportunidad procesal correspondiente."*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que los contratos de prestación de servicios allegados al expediente y el dicho de los testimonios practicados acreditan la prestación de los servicios personales del actor en favor de la Unidad Residencial demandada como portero o vigilante, que por ello opera

la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la demandada. Concluyó que la relación que ató a las partes en realidad fue de carácter laboral y por ello declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 26 de noviembre de 2013 y el 30 de junio de 2016.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que la parte demandante no acreditó la existencia del elemento subordinación para entender que la relación que existió entre las partes era de carácter laboral y al efecto debe tenerse en cuenta que el actor aceptó desde el inicio su vinculación mediante contratos de prestación de servicios, dice además que no es posible establecer los extremos que se solicitan en la demanda porque éstos tampoco se encuentran acreditados, que no es posible condenar al pago del subsidio de transporte porque éste no fue solicitado en la demanda. Finalmente aduce que no es procedente la condena al pago de la sanción por no consignación de cesantías ni la indemnización moratoria porque no probó que el actuar de su representada fuera de mala fe[1].

---

[1] *"Gracias su señoría, con todo respeto acato y respeto su decisión, pero no la comparto y en función de este criterio interpongo el recurso de apelación ante la sala de decisión laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá, Distrito Capital, por estar el fallo no ajustarse en lo que en derecho corresponde, esto es en la valoración probatoria y tampoco en la decisión tomada respecto a las cifras a las cuales fue condenado el conjunto, porque no está probado los extremos del proceso ni se ajusta a la jurisprudencia en la cual las altas cortes ya han dicho de que la indemnización es una sanción y en el caso que nos ocupa, el conjunto de ningún momento ha actuado de mala fe como su señoría lo hace ver en su argumentación jurídica y luego solicito se me conceda en el efecto que corresponda el recurso de apelación ante el honorable Tribunal, reiteró, que argumentación fáctica y jurídica que sustentaré en la correspondiente audiencia en su oportunidad procesal ante el Tribunal, muchas gracias señoría, lo sustentó de forma sucinta en la siguiente forma. En cuanto a la valoración probatoria no estoy de acuerdo en los razonamientos que hizo el operador judicial, en este caso en cabeza de su despacho, por cuanto siempre hice énfasis, no se tuvo en cuenta ni se refutó de ninguna forma lo expresado en mis alegaciones que hice por cuanto reitere mucho en el segundo elemento que exige la norma para ser constituido el segundo elemento esencial de trabajo o para que se dé aplicación a la presunción de la relación laboral, que es lo que en definitiva se basó el despacho, no estoy de acuerdo en los razonamientos por cuanto la continuada, el segundo elemento del artículo 23, la continuada subordinación, esto debe ser probada, no subjetivamente como lo está haciendo en la argumentación para estructurar su fallo. Por cuanto en lo realizado*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicita

---

bajo la dependencia de subordinación, ésta consiste en la facultad que tiene el beneficiario de la labor o empleador en este caso tendría la Unidad Residencial Fontibón, Propiedad Horizontal de dirigir en cualquier momento, tiempo o calidad de trabajo a quien lo presta, en este caso al demandante el señor HERIBERTO, mientras que dure la relación laboral aunque esa subordinación no se haga ostensible, nos referimos a la posibilidad de que el servicio personal sea realizado bajo el control y dirección del patrono, reiteró en forma permanente siempre que éste lo considere o lo conveniente y en este caso no se probó nunca esa subordinación y agrega los autores que es la denominada subordinación jurídica específica, vuelvo y reitero, porque de lo contrario es la subordinación genérica que es la propia que se utiliza en cualquier clase de vinculación contractual y es lo que se está haciendo, se está confundiendo esa clase de subordinación, la genérica común o sea la que nace del cumplimiento de ellas sin que por tal motivo se diga que existe contrato individual de trabajo, bueno o sea en este aspecto es que solicito a los honorables magistrados y se empieza a revisar la estructura del fallo por qué no se presenta la presunción para que se dé como relación laboral por encima de la formalidad, porque no existe prueba de ello aportada, los testimonios no son permanentes, son esporádicos, no está probada los extremos de la relación laboral a pesar de que él consintió y firmó los contratos de prestación de servicio aportado legalmente en su oportunidad procesal. Otro aspecto importante en el caso que nos ocupa es que el despacho, me llama la atención que está sumando el auxilio de transporte cuando en las pretensiones el actor no lo reclaman ni lo está cobrando, el auxilio de transporte, no entiendo por qué se les está condenando también en este aspecto, luego no estoy de acuerdo en ese sentido porque no estaba, a pesar de que el auxilio de transporte está condicionado al lugar de residencia del trabajador si llegara el hipotético de que resulte condenado a la unidad en definitiva. Otro aspecto importante y para no alargarme tanto y que no estoy de acuerdo, es las sanciones moratorias que el despacho está sólo de bulto explicando que actuó de mala fe por que existieron los contratos, no en ningún momento hubo mala fe, por el contrario la mala fe esta por parte del contratista independiente que se presentó a vincularse con la entidad demandada en su libre consentimiento y voluntario, en ningún momento existe mala fe por parte de la unidad que representó por cuanto la unidad con todo esfuerzo que hace, un conjunto con tan de pocos recursos y llegará a pagarle puntualmente sus cuotas en el contrato de nivel civil y comercial que suscribió el actor, luego no entiendo por qué el despacho habla de que existió mala fe por parte del conjunto y que fue por sustraer, no en ese sentido si no estoy de acuerdo en ese razonamiento y solicitó a los honorables magistrados que hagan énfasis en esto de que no existe prueba y por el contrario mala fe de parte del actor, y esta parece ser acostumbrado en todo tiempo para hacer esta clase de actuaciones y que está muy preparado, no entiendo. En este sentido solicitó a los honorables magistrados que tengan en cuenta las jurisprudencias de las altas cortes en donde ya la sanción moratoria es a partir de que el operador judicial en sentencia, no debe aplicarse, no debe aplicarse porque esa sanción corre a partir de la sentencia y no con retroactividad por cuanto al señor se le estaba cumpliendo con el contrato y la justicia en el caso que nos ocupa, quién está declarando que existe el contrato realidad, luego en eso sería la revisión más importante para el conjunto, después de que los señores magistrados revisen la totalidad del proceso por el principio en forma completa en la totalidad por razones de unidad de consonancia y de unidad temática, en el principio de limitación que se revise todo el proceso porque está adoleciendo de muchos defectos en la evaluación probatoria señora juez. Por esta razón solicitó y no estoy conforme con la decisión tomada por su despacho y ruego se tenga en cuenta en el Tribunal la revisión completa del proceso, sobre todo en el aspecto probatorio y luego en la cuantificación y la decisión de las sanciones moratorias para que se exonere a la entidad en todos esos pagos tan exorbitantes que están sancionando la señora juez, porque son contrarios a la evidencia probatoria y por esta razón señora juez, reitero y le solicitó con todo respeto se digne a concederme el recurso de apelación y sustentación que complementaré en su oportunidad procesal en el Tribunal, gracias señoría.

en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, la demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si entre las partes existió un contrato de trabajo en los extremos que se aduce en la demanda y en dado caso verificar si es procedente la condena al pago de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo y la indemnización moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia que: ***i)*** entre las partes existieron diversos contratos de prestación de servicios vigentes entre el 1° de diciembre de 2013 y el 30 de junio de 2016 (fls. 356 a 382); ***ii)*** tampoco se controvirtió en esta instancia que el salario mensual devengado por el actor en el año 2013 fue de $966.000, en el 2014 de $990.000, en el 2015 de $1.020.000 y en el 2016 de $1.050.000 (hecho definido por la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso).

- **Sobre la Existencia de la Relación Laboral.**

Para definir sobre la existencia de la relación laboral entre el 26 de noviembre de 2013 y el 30 de junio de 2016, que controvierte

el apoderado de la demandada en el recurso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte 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*". Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse

de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la UNIDAD RESIDENCIAL FONTIBON PH, dentro de los extremos definidos por la juez de primera instancia, pues desde la contestación a la demandada se aceptó que el demandante prestaba servicios remunerados (según la demandada a través de contratos de prestación de servicios, fl. 350 y 356 a 382) y la llamada a juicio no cumplió con la carga de desvirtuar que dicha prestación no estuvo regida por el elemento de subordinación.

En efecto, no se aportó prueba alguna al expediente tendiente a acreditar que la prestación de servicios remunerados del actor en favor de la Unidad Residencial demandada se realizara de manera autónoma e independiente, ni los documentos, ni la prueba testimonial recibida sirven siquiera de indicativo para entender la ausencia de subordinación. Por ello, ante la escasa actividad probatoria de la demandada tendiente a desvirtuar la existencia de este elemento, luego de aceptar expresamente en la contestación de la demanda la prestación de un servicio remunerado, no le queda a la Sala camino diferente que confirmar la sentencia de primera instancia en este puntual aspecto.

Precisa la Sala, que nada sobre el particular aportan los testigos recibidos, pues LIZ MAGNOLIA VARGAS VANEGAS (CD. 2 min. 36:58), IVAN MAURICIO MEDINA GONZALEZ (CD. 2 min. 56:58) y FERNANDO ROJAS PARDO (CD. 3 min. 08:45), quienes

manifestaron ser copropietarios de la Unidad Residencial, afirmaron conocer al actor porque era conserje o portero de la Unidad, que sabían que la asamblea había dado poder al administrador para contratar por prestación de servicios a los vigilantes del edificio, dijeron que al actor nadie le daba órdenes porque sus funciones estaban definidas en el contrato, pero a su vez dijeron que no debía dejar la portería sola y que siempre lo veían al entrar o salir del conjunto, que cuando no estaba el demandante estaba el otro vigilante, que en ese momento eran dos personas las que se turnaban para prestar ese servicio y que era el conjunto quien pagaba previa cuenta de cobro que presentaban.

Del dicho de los testigos referidos y pese a que afirmaron que el actor era autónomo para desempeñar sus funciones, no puede la Sala entender desvirtuado el elemento subordinación, pues de su mismo dicho también se concluye que el actor mientras cumplía su turno debía permanecer en la portería o pedir permiso se debía ausentarse o si no podía asistir por alguna razón para que alguien lo remplazara porque la portería no podía estar sola.

Nada diferente puede concluir la Sala del interrogatorio de parte rendido por el demandante (CD. 2 hora 01:36:54) y el representante legal de la demandada (CD. 2 hora 01:14:55), pues ninguna de sus afirmaciones resulta relevante o indiciaria de la ausencia del elemento subordinación; por el contrario, de lo dicho por el representante legal se obtiene que el actor no podía dejar sola la portería, que debía avisar previamente si necesitaba ausentarse y que asistía a la Unidad Residencial todos los días.

Por lo anterior la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 26 de noviembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2016. Sobre este punto precisa el Tribunal que, si bien el apoderado de la demandada aduce en el recurso que no se probaron

los extremos de la relación laboral, lo cierto es que del contenido de los contratos de prestación de servicios aportados por esta misma parte (fls. 356 a 382) y de la certificación obrante a folio 12 del expediente se advierte con claridad la prestación del servicio en las fechas referidas.

Ahora bien, sobre la condena al pago del auxilio de transporte que refiere el apoderado de la demandada en el recurso, la Sala no se pronunciará, pues la decisión de primera instancia no definió condena alguna sobre este concepto.

- **Sobre la Indemnización Moratoria y la Sanción por no Consignación de Cesantías a un Fondo.**

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora. Por otra parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece a cargo del empleador el pago de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, cuando no cumple dicha obligación dentro del término legal.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal confirmará la decisión de

primera instancia que condenó al pago de estos conceptos, pues si bien la demandada adujo desde la contestación a la demanda que la relación era de carácter civil y comercial y que estuvo regida por contratos de prestación de servicios, lo cierto es que en la situación particular que plantea el caso bajo estudio, no puede la Sala entender ésta como una razón indicativa de buena fe, pues como se estudió en precedencia, hasta el representante legal de la demandada dejó claro en sus declaraciones que el actor había prestado servicios de vigilante y aunque manifestó que éste era autónomo también dijo que no podía ausentarse de su sitio de trabajo sin dar previo aviso y que lo veía todos los días en la Unidad prestando sus servicios en la portería, luego, no puede entenderse que la Unidad Residencial tuviera un entendimiento equivocado de la relación que tenía con el actor en cuanto las funciones propias de un vigilante o guarda de seguridad no son una profesión liberal de la cual puedan desempeñarse funciones de manera autónoma e independiente, ni mucho menos que pueda tenerse como una relación de carácter civil o comercial, como lo sostiene la demandada, menos aun cuando se acepta en las manifestaciones del representante que tal labor estaba supeditada a un cumplimiento de horario y que era necesario avisar o pedir permiso para ausentarse del lugar de trabajo porque la portería no debía estar sola. Además, desconoció la demandada que de conformidad con el artículo 3° del Decreto Ley 356 de 1994, los servicios de vigilancia y seguridad privada, solamente pueden prestarse mediante la obtención de licencia o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, habilitación tampoco acreditada en el proceso.

Por las anteriores razones, no resulta justificable la conducta de la demandada en el caso bajo estudio y por ello se confirmará la decisión en este aspecto como se anunció.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada

HERNAN MAURICIO OLIVERSO MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0189-2021
Radicado N° 24-2018-00535-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar los valores recibidos con ocasión de la afiliación sin descuentos por gastos de administración, a reactivar la vinculación al RPM y actualización de la historia laboral y a reconocer la pensión de vejez dentro de los 60 días siguientes al recibo de los saldos por parte de las AFP, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas (fl. 269 a 270, 01:31:00 cd fl. 268).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 72 a 86).**

JANNE KARIME MENDOZA VARGAS solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados de AFP, en consecuencia, condenar a las AFP a retornar los saldos sin deducción de gastos de administración a **COLPENSIONES** y a ésta

última a corregir la historia laboral y al reconocimiento de pensión de vejez, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho; de forma subsidiaria solicitó la inaplicación por constitucionalidad del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ordenar a las AFP a conceder de nuevo el término de retracto y durante el mismo aceptar el traslado al RPM, ordenar a las AFP trasladar los saldos, corrección de historia laboral y reconocimiento de pensión de vejez; como segundo nivel de pretensiones subsidiarias solicitó declarar a las AFP responsables del perjuicio patrimonial por menor valor de la mesada.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 19 de diciembre de 1959, que prestó servicios desde el 27 de agosto de 1985 cubiertos por el régimen público de pensiones; que el 1° de diciembre de 1999, se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** y el 1° de noviembre de 2007 se trasladó a **OLD MUTUAL S.A.**, sin que dichas AFP suministraran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada, contraria a los intereses pensionales de la demandante a quien no se le informó que debía redimir los bonos pensionales por el tiempo laborado en el sector público años después de cumplir 57 años, siendo informada por **OLD MUTUAL** que el monto aproximado de su pensión es de $3.898.489 mientras que en el RPM es de $12.695.182 y ello el 28 de agosto de 2018 solicitó su traslado a **COLPENSIONES** y ésta lo negó.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al tiempo de vinculación a la AFP y por ello trasladó todos los saldos. Indicó que el monto de la pensión en el RAIS depende exclusivamente del afiliado y no es suficiente para causar la nulidad del traslado alegar que no se cumplió el objetivo, siendo valida su afiliación porque fue libre, espontanea y sin presiones, luego de una asesoría completa de toda la información sobre el RPM y el RAIS y las implicaciones de la decisión de traslado y

la posibilidad del retracto, sin que sea falso que el RAIS permita pensiones más altas que las del RPM mediante ahorro. Interpuso las excepciones de inexistencia del perjuicio alegado, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad, buena fe, compensación, prescripción y la genérica (fl. 114 a 134).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y su traslado a la AFP y que efectuó proyección pensional. Indicó que la demandante realizó un traslado de AFP previa asesoría integral y completa de las consecuencias de dicha decisión y se comparó al RAIS y RPM, bono pensional, aportes voluntarios y rentabilidad para que conociera como se construye la pensión, tras lo cual la demandante tomó la decisión libre e informada de afiliarse, sin que se acredite causal de nulidad y sin que sea válido el retorno al RPM por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, no desconocimiento de sus propios actos y la genérica (fl. 165 a 205).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante. Indicó que el negocio jurídico de traslado de régimen pensional y traslado de AFP es válido, sin que se acredite causal de nulidad y siendo las condiciones de cada régimen pensional un hecho notorio consagrado en la Ley, siendo responsable el afiliado de informarse de las condiciones del traslado, quien además cotizó varios años reafirmando su voluntad de permanecer en el RAIS y además **COLPENSIONES** ha sido ajena a dichos actos. Interpuso las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades de la demandante para conocer las consecuencias de su traslado, afectación del principio de progresividad, prescripción y la genérica (fl. 234 a 261).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 269 a 270, 01:31:00 cd fl. 268).

El 21 de septiembre de 2020, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la* ***INEFICACIA*** *de la afiliación que hizo la señora* ***JANNE KARIME MENDOZA VARGAS****, identificada con la C.C. No. 63.280.571 a la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *suscrita el 22 de noviembre de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que para todos los efectos legales la señora* ***JANNE KARIME MENDOZA VARGAS****, identificada con la C.C. No. 63.280.571 nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, representada hoy en día por* ***COLPENSIONES****.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a la* ***AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS*** *a trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora* ***JANNE KARIME MENDOZA VARGAS****, identificada con la C.C. No. 63.280.571, como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar lo que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual al momento de realizarse el traslado junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a la* ***AFP PORVENIR S.A.*** *a trasladar a* ***COLPENSIONES*** *lo que haya deducido de los aportes a pensiones que efectuó la demandante por concepto de gastos de administración.* ***QUINTO: ORDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *a recibir a la señora* ***JANNE KARIME MENDOZA VARGAS****, identificada con la C.C. No. 63.280.571, como su afiliada y a actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *y la* ***AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS.*** ***SEXTO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *que dentro de los 60 días siguientes a la fecha de recibo de las sumas que deben transferirle* ***OLD MUTUAL*** *y* ***PORVENIR S.A.****, se reconozca la pensión de vejez de la señora* ***JANNE KARIME MENDOZA VARGAS****, identificada con la C.C. No. 63.280.571, conforme el artículo 9 de la Ley 797, teniendo como IBL lo cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral si resulta superior, en el*

monto que resulte de aplicar la formula señalada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, a partir de la última cotización efectuada por la demandante en el sistema de seguridad social en pensiones y acredite su desafiliación del sistema. ***SÉPTIMO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.* ***OCTAVO:*** *Sin condena en costas en esta instancia.* ***NOVENO:*** *El Despacho queda relevado del estudio de las pretensiones subsidiarias en la medida que prosperaron las principales.* ***DÉCIMO:*** *En el evento que no se interponga recurso de apelación contra la sentencia CONSULTARLA ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en el artículo 39 CPTSS. (...)".*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si la demandante tiene derecho a retornar al RPM por nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS y en caso afirmativo si tiene derecho a la pensión de vejez y en caso contrario analizar la procedencia de las pretensiones subsidiarias.

Para resolver indicó que las normas de la seguridad social consagran la libertad de selección de régimen pensional y la H. CSJ ha indicado que no hay voluntad válida sin consentimiento informado, siendo deber de la AFP prestar asesoría y buen consejo respecto de las consecuencias del traslado de régimen pensional y las características de cada régimen, siendo carga de la prueba de la AFP acreditar el cumplimiento diligente de dicha obligación sin que para ello baste la firma del formulario de afiliación, carga que no se cumplió en el presente proceso, motivo por el cual declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó la devolución de los saldos sin descuentos de gastos de administración y una vez **COLPENSIONES** reciba éstos condenó al reconocimiento de la pensión de vejez y se abstuvo de condenar en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la condena a devolver gastos administrativos, por cuanto se efectuaron por autorización legal, también son aplicados en el RPM y son la

contraprestación por gestionar los recursos de la actora[1] (02:03:57 cd fl. 268).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, por cuanto no existieron vicios del consentimiento y la demandante como abogada no puede alegar no conocer las consecuencias jurídicas de suscribir un negocio jurídico siendo un descuido de ella no informarse sobre las condiciones del RAIS y permitir el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera de dicho régimen[2] (02:07:14 cd fl. 268).

---

[1] Gracias su señoría, de manera respetuoso interpongo recurso de apelación ante los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. en cumplimiento de las normas que rigen dicho recurso, el cual sustento en los siguientes términos. Su señoría, quiero referirme concretamente para los señores magistrados a la condena impuesta a mi representada en relación con la entrega de los gastos de administración que en su momento mi representada tuvo que incurrir durante el tiempo que estuvo afiliada la señora demandante y es que señores magistrados, cabe aclarar, que no habría lugar a restituir estos valores cobrados por gastos de administración y por esa razón me apartó completamente del fallo del a quo por cuanto se trata de unos valores que fueron descontados por la autorización legal impartida por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y adicionalmente habían sido aplicados en el RPM en la misma proporción en caso de no haberse producido ese traslado, razón por la cual considera esta apoderada que no pueden catalogarse como deterioro del bien otorgado en administración en los términos del artículo 1746 CC, así mismo, señores magistrados considera mi representada que devolver dicho dineros a COLPENSIONES implicaría un reconocimiento sin causa por parte de dicha entidad porque estaría recibiendo un pago por concepto de administración producto de unos dineros que no administró, igualmente señores magistrados, es importante considerar que condenar a mi representada en estos gastos, como lo manifesté anteriormente, además que son expresamente autorizados por mandato de la Ley a favor tanto de las administradoras del régimen individual como el de régimen de prima media, ya que los mismos corresponden a la contraprestación por los servicios de operación y administración propia de los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, como es este caso, además de otras servicios de intermediación que realiza la administradora y gastos que fueron causados y pagados a la AFP por su legitima gestión y administración en los términos señalados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y demás normas concordantes, en tal virtud, solicitó de forma respetuosa revocar esta condena en contra de mi representada, además con ocasión de que mi representada realizó inversiones en las que incurrió para favorecer precisamente al afiliado traducidos en rendimientos, que precisamente se encontraron haciendo parte integral de la cuenta de ahorro individual de la demandante, aportes que fueron evidentemente trasladados a la AFP OLD MUTUAL. Por las razones anteriores solicito sea revocada la condena impuesta en relación con los gastos de administración impuestos por el a quo, muchas gracias señores magistrados.

[2] Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral para que se revoque el fallo emitido por el Despacho el día de hoy, por las siguientes consideraciones. Su señoría, considera esta defensa que en el presente asunto existían elementos de juicio suficientes para determinar que no existieron vicios del consentimiento en el momento de la afiliación de la demandante al RAIS, lo anterior y como ya indicó esta apoderada y los apoderados de los fondos privados, las calidades propias de la demandante no permiten establecer que hubiera existido en ella un engaño o falta de información porque esta manifestó ser abogada, ser especialista en derecho comercial y además en seguros, lo cual no permite concluir que no hubiese estado lo suficientemente informado o que no tuvo oportunidad de conocer las consecuencias jurídicas de suscribir un negocio jurídico con los fondos privados, lo que si existe honorables magistrados es un descuido por parte de la demandante de informarse de las condiciones de permanecer en el RAIS, de informarse durante todo el tiempo de su afiliación desde 1999 respecto de las condiciones para permanecer en ese régimen, ahora bien, honorables magistrados, COLPENSIONES como tercero en el negocio jurídico que suscribió la demandante con los 2 AFP no puede resultar perjudicado por la decisión libre y voluntaria de afiliarse a estos fondos, en tal sentido honorables magistrados resulta atentatorio del principio de sostenibilidad financiera del sistema la declaración de la ineficacia o nulidad del traslado en los términos efectuados el día de hoy por el Juzgado, máxime si tenemos en cuenta que resultan directamente afectados los dineros con los cuales COLPENSIONES responde por las prestaciones a sus afiliado, lo que va en contra del principio de progresividad y universalidad del sistema general de pensiones y en especial del RPM, así mismo, su Señoría el reconocimiento de

La demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar la condena a devolver gastos administrativos porque son la contraprestación por la gestión de la AFP que dio rendimientos a la demandante, por ende, si se ordena devolver los gastos la actora debe devolver los rendimientos porque éstos no son una característicos del RPM y no es equitativo que **COLPENSIONES** se beneficie de los rendimientos a costa de que la AFP[3] (02:10:27 cd fl. 268).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por cuanto era deber de las AFP suministrar información y tienen la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de dicha obligación y la devolución de los gastos de administración no genera perjuicios porque se trasladan en el mercado secundario de valores; La apoderada de **PORVENIR S.A.** reiteró los argumentos para revocar la condena a la devolución de gastos de administración; la apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo por

---

la pensión a la cual fue condenada mi representada no es otra que una violación directa, como se manifestó en el principio de sostenibilidad financiera. Por los anteriores argumentos solicito se revoque el fallo emitido por el Juzgado y en su lugar se absuelva a todas las demandadas de todas y cada una de las condenas impuestas.

[3] De manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Bogotá en lo relacionado en la condena impuesta a mi representada SKANDIA a la devolución de los descuentos efectuados por gastos de administración que sustento de la siguiente manera. En atención al artículo 104 de la Ley 100 de 1993, se reguló el cobro de comisiones en razón que en el RAIS se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y administraciones que deban reconocerse a sus afiliados, por lo anterior, esta defensa no comparte la decisión del Despacho porque permanecer en el RAIS permitió a la demandante tener rendimientos respecto de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual pensional, por lo que así las cosas, en razón a la ineficacia del traslado deprecado por el Despacho, sería también pertinente que el Despacho hubiera ordenado la devolución de los rendimientos de los cuales se ha beneficiado la demandante porque tener dicha cotizaciones en el RPM no hubiera sido posible que se beneficiara de rendimientos por cuanto esa no es la funcionalidad del RPM, si bien con el fallo lo que se pretende es volver las cosas a su estado anterior, lo cierto es que en este caso los rendimientos se generaron en razón a esos dineros que se descuentan por gastos de administración donde los aportes que obran en la cuenta individual, a través de esos dineros generados por gastos de administración conllevan a que se puedan obtener rendimientos y a su vez a que se puedan financiar los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que en este caso el fallo no es concordante como quiera que si bien esta ordenando a la AFP que devuelva las comisiones por gastos de administración también esta desconociendo que en razón de esos cobros se le permitió obtener rendimiento y ordena también destinar los rendimientos a COLPENSIONES, siendo de cierta forma el fallo no ha considerado el valor de la equidad como quiera que para el Fondo tiene que devolver dichos dineros con los rendimientos y a su vez con los gastos de administración desconociendo que esos dineros que han sido obtenidos por conceptos de rendimientos COLPENSIONES si se beneficia con ellos. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

ausencia de vicios del consentimiento, no afectación del régimen de transición pensional, imposibilidad de invertir la carga de la prueba, prescripción, prohibición de retorno por edad y afectación del principio de sostenibilidad fiscal; la apoderada principal de **SKANDIA S.A.** solicitó absolver a la AFP de todas las pretensiones porque la decisión de afiliación fue valida, porque no se puede exigir a las AFP la prueba de asesoría con herramientas financieras antes de la expedición de la Ley 1748 de 2014, los gastos de administración están consagrados en la Ley y permitieron los rendimientos y la financiación del seguro provisional y del fondo de solidaridad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66ª y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer la procedencia de revocar o modificar la sentencia de primera instancia, para lo cual se debe determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS, mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **JANNE KARIME MENDOZA VARGAS** nació el 19 de diciembre de 1959 (fl. 32 y 33); ***ii)*** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 22 de noviembre de 1999 (fl. 145) el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2000 (fl. 159); ***iii)*** la demandante se trasladó a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** el 12 de septiembre de 2007 (fl. 210), AFP donde permanece vinculada.

- **Fundamentos Normativos sobre el Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 ibídem, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de

pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Por su parte, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que, para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *"información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever"*.

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada", y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar los valores recibidos con ocasión de la afiliación sin descuentos por gastos de administración, a reactivar la vinculación al RPM y actualización de la historia laboral y a reconocer la pensión de vejez dentro de los 60 días siguientes al recibo de los saldos por parte de las AFP, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver gastos administrativos, por cuanto éstos se efectuaron por autorización legal, son aplicados en el RPM y son la contraprestación por la gestión de los recursos de la demandante.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo, por cuanto no existió vicio del consentimiento, la demandante como abogada no puede alegar que desconoce las consecuencias de suscribir un negocio jurídico y fue su descuido no informarse de las condiciones del RAIS y el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera de dicho régimen.

La demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar la condena a retornar los gastos de administración ya que son la contraprestación de la gestión de la AFP que permitió los rendimientos y si se ordena su

devolución la demandante debe retornar los rendimientos ya que estos no son característicos del RPM y no es equitativo que **COLPENSIONES** se beneficie de los mismos a costas de la AFP.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus

características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, a la vez que la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS, mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 22 de noviembre de 1999 (fl. 145) y el posterior traslado hacia la AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** realizado el 12 de septiembre de 2007 (fl. 210), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **SKANDIA S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de que los gastos de administración y comisiones sean retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme las

sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM en virtud de la ineficacia del traslado con cargo a los propios recursos de la AFP, pues dichos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, habida cuenta que la demandante cumple los requisitos de edad y densidad de semanas exigidos para causar el derecho a la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Respecto el reconocimiento pensional a la demandante, se confirmará la decisión adoptada por la *a quo,* según la cual una vez se efectúe el traslado de las sumas ordenas a las AFP demandadas, **COLPENSIONES** procederá a establecer los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho la demandante, como lo son el total de semanas cotizadas, porcentaje de la tasa de reemplazo, IBL y fecha de disfrute de la prestación.

En cuanto la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral décimo primero a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JANNE KARIME MENDOZA VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 24 2018 00535 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta **aclaración de voto**, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0181-2021

Radicado N° 24 2019 00123 01

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión de vejez e intereses moratorios.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CESAR ORLANDO MARTINEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin de que se condene al reconocimiento y pago de una pensión de vejez de acuerdo a lo señalado en la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo que se genere, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que laboró para varias empresas del sector privado y cotizó al ISS hoy COLPENSIONES un total de 1.310,71 semanas, que además laboró y cotizó al

Magisterio, que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución N° 6624 del 25 de noviembre de 2013 le reconoció una pensión de jubilación por los aportes realizados a dicha entidad, que el 24 de agosto de 2018, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez con base en el tiempo cotizado a dicha entidad, que mediante Resolución SUB 288952 del 2 de noviembre de 2018 esta entidad negó el reconocimiento de la prestación, que interpuso recurso de apelación contra el anterior acto administrativo y éste fue resuelto de manera desfavorable mediante Resolución DIR 21608 del 14 de diciembre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con las cotizaciones realizadas por el actor a dicha entidad y los actos administrativos emitidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de cobro de lo no debido y prescripción (fls. 49 a 52).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2020, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez e intereses moratorios. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor CÉSAR ORLANDO MARTÍNEZ identificado con la cédula 19385331 a partir del 27 de agosto del 2018 en cuantía de $781.242, suma que debe continuar pagando con los incrementos anuales correspondientes por 13 mesadas anuales, lo que genera un retroactivo por valor de*

$23.551.309 hasta el 31 de octubre de 2020. ***SEGUNDO: AUTORIZAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que del retroactivo causado se realice el descuento del porcentaje correspondiente a aportes al sistema de Seguridad Social en salud y continúe realizando los respectivos aportes a salud.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios, los que se debe reconocer o liquidar desde el 4 de abril 2019, hasta que se pague la obligación.* ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.* ***QUINTO: COSTAS*** *a cargo de COLPENSIONES a favor del demandante, para lo cual se estiman las agencias en derecho en $1.000.000, por secretaria liquídese dentro de en la oportunidad procesal correspondiente.* ***SEXTO:*** *En el evento de que COLPENSIONES no interponga el recurso de apelación, remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta."*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la pensión de vejez que reclama el actor es compatible con la de jubilación que le fue otorgada por el magisterio, en dado caso establecer si cumple los requisitos que establecen las normas para acceder a la pensión de vejez. Para resolverlo indicó que la pensión que devenga el actor es compatible con aquella que se causa por los aportes que se realizan al sistema de pensiones, pues el origen de dichas prestaciones es distinto y no vulneran la prohibición de devengar una doble asignación del tesoro público. Frente al reconocimiento de la pensión dijo que el actor cumplió con los requisitos definidos en la Ley 797 de 2003 y por ello tiene derecho a la prestación que reclama.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda, para sustentar el recurso aduce que no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez en la medida en que esta prestación es incompatible con la pensión de jubilación que recibe el actor, y que al reconocer esta prestación se

incurría en la prohibición de devengar una doble asignación proveniente del tesoro público. Pide además que en caso de confirmarse la decisión se revise el valor de las condenas impuestas[1].

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Una vez se verifican los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos

---

[1] *Gracias su señoría, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir en mención que verificada la información de la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, se tiene que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez en la atención a cómo se manifestó, reiteró en los alegatos de conclusión, viene percibiendo ya una pensión de jubilación tendiente al reconocimiento o al cubrimiento del riesgo de vejez en atención a un reconocimiento efectuado por el magisterio, así las cosas tenemos que de conformidad con el artículo 128 de la Constitución, está prohibido recibir dos o más asignaciones provenientes del Tesoro Público o empresas o instituciones del Estado, tal como lo es el magisterio, para este caso COLPENSIONES, así las cosas entonces deberá señalarse a modo de conclusión que COLPENSIONES le resulta incompatible la prestación que solicita, teniendo en cuenta que el estatus de la prestación económica que le fue reconocida al señor César por parte del magisterio que tuvo lugar el 19 de julio del 2013 y en ese momento ya se encontraba vigente el decreto 78 del 2002, el Estatuto de profesionalización docente, así las cosas es claro que el reconocimiento de la de la prestación que se solicita en esta instancia, pues está dirigida a cubrir el mismo riesgo y es el de vejez, y en ese sentido pues había una incompatibilidad en cuanto a las prestaciones y a la prestación a la que fue condenada a mi representada, teniendo en cuenta entonces que la prestación es solicitada por parte del demandante y la que le fue reconocida por parte del magisterio se encuentran dirigidas al cubrimiento del mismo riesgo, esto es el de vejez, y las dos asignaciones pues que corresponden al Tesoro Público, así las cosas les solicito respetuosamente al honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá, sala laboral, que se revoque esta decisión y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. No obstante lo anterior, y detenerse por confirmar la decisión, que se revise la liquidación que fue efectuada por el despacho. Con lo anterior dejo sustentado mi recurso de apelación.*

que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de la demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la pensión de vejez que reclama el actor es compatible con la pensión de jubilación otorgada por el FOMAG ; y en dado caso, establecer si causó la pensión de vejez, su cuantía y la procedencia al pago de intereses moratorios.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 27 de agosto de 1956 (fl. 41); ***ii)*** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES un total de 1.310.71 semanas entre el 2 de abril de 1979 y el 31 de marzo de 2018 (fls. 37 a 39); ***iii)*** que mediante Resolución N° 6624 del 25 de noviembre de 2013, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio reconoció al demandante una pensión de jubilación por la prestación de sus servicios como docente a la Secretaría de Educación de Bogotá (fls. 34 y 35); ***iv)*** que mediante Resoluciones SUB 288952 del 2 de noviembre de 2018 y DIR 21608 del 14 de diciembre de 2018, la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por el actor (fls.19 a 23 y 30 a 33).

- **Compatibilidad entre la Pensión de Vejez y las Pensiones Reconocidas por el FOMAG**

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiendo que las "*prestaciones a cargo*, de dicho Fondo, *serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*".

En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otras, en la sentencia de radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011.

En la providencia referida la Corte estableció que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar al Sistema de pensiones a los docentes cuando éstos presten servicios en centros educativos de carácter particular, por el contrario, estos servidores son afiliados forzosos del régimen de prima media con prestación definida por lo cual pueden causar y se deben pagar las pensiones que nacen de dichos aportes. Advirtió la Corte en dicha sentencia que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público, "*en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores*". Sobre la materia es particularmente claro el artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales se advierte que los aportes efectuados por el demandante al Sistema de Pensiones (ISS) corresponden a servicios prestados a empresas de carácter privado y aportes realizados como independiente entre abril de 1979 y marzo de 2018 (fls. 37 a 39), por lo cual dichos tiempos no tuvieron incidencia en el reconocimiento de la asignación à cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resuelto este aspecto de la controversia pasa la Sala definir si el demandante causó la pensión de vejez que reclama bajo los lineamientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con la

modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, esta norma asigna pensión de vejez a los hombres que cumplan 62 años de edad y acrediten "*haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015*".

Una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que otorgó el derecho pensional al actor, en tanto está acreditado que cumplió 62 años de edad el 27 de agosto de 2018 (fl. 41) y para dicha fecha contaba con 1.310,71 semanas de cotización (fls. 37 a 39), por lo que procedía el reconocimiento de la prestación a partir de esta última fecha.

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto reconoció la prestación por trece mesadas anuales y en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2018, pues este puntual aspecto no fue objeto de recurso y en virtud del grado jurisdiccional de consulta del que se beneficia la demandada no podría determinarse una cuantía superior y menos inferior a dicha suma de dinero.

Ahora bien, como la Juez tasó el retroactivo pensional causado con corte al 31 de octubre de 2020, la Sala revisará las operaciones realizadas.

AÑO	N° DE MESADAS POR AÑO	MESADA	TOTAL RETROACTIVO POR AÑO
2018	5 mesadas y proporción de agosto	$ 781.242	$ 4.010.375
2019	13 mesadas	$ 828.116	$ 10.765.508
2020	10 mesadas	$ 877.803	$ 8.778.030
		TOTAL RETROACTIVO	$ 23.553.913

Como el valor aquí definido es levemente superior al que tasó la juez de primera instancia se confirmará en lo pertinente su decisión, incluso en cuanto autorizó a la demandada a realizar el descuento respectivo de los aportes a salud.

- **Intereses Moratorios**

Al efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, por la mora en el pago de las mesadas pensionales a sus afiliados. Por su parte, el artículo 9[2] de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994[3], establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Así las cosas, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión desde el 24 de agosto de 2018 (fls. 13 y 19) y que cumplía los requisitos para causar la prestación el 27 del mismo mes y año, por ello procede el pago de este derecho a partir del 28 de diciembre de 2018 (cuatro meses después de presentada la solicitud y cumplir los requisitos). Como la juez definió el derecho al pago de este estipendio a partir del 4 de abril de 2019, se confirmará su decisión para no agravar el interés de la entidad a quien se le conoce en consulta este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

---

[2] "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte"

[3] Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *Salvo voto*

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: CESAR ORLANDO MARTINEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 024 2019 00123 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

De manera respetuosa se presenta salvamento de voto respecto de la decisión de la mayoría de la sala por las siguientes razones:

Esta por fuera de debate los siguientes hechos: i) el demandante se encuentra pensionado por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ii) el actor efectuó cotizaciones de forma interrumpida al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, iii) La entidad negó la pensión de vejez al demandante.

Pretende el demandante el reconocimiento de la pensión por las cotizaciones realizadas a COLPENSIONES, respecto de lo cual se debe tener en cuenta primero que la Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral conformado: por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1°, 2° y 8°).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la 797 de 2003, indicó que el Sistema General de Pensiones consagrado en dicha ley se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional para quienes a la fecha de la vigencia de la Ley no hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general.

Lo anterior, en razón a que dicha norma respetó los derechos adquiridos.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal j), señala que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, entendiéndose estas de origen común.

De tal manera que la compatibilidad solicitada de la pensión de jubilación consagrada para los docentes y de vejez consagrada en la ley 100 de 1993 no es posible, en razón a que los dos tipos de pensiones cubren el mismo riesgo que es de vejez. Recuérdese que el objetivo de la Ley 100 de 1993 es precisamente unificar o integrar los recursos de prima media para cubrir las contingencias de sus afiliados y unificar las prestaciones de los afiliados. Adicionalmente, también es aplicable la Ley 549 de 1999, en su artículo 17 inciso 4°, que establece que todos los tiempos laborados o cotizados serán utilizados para financiar la pensión y si no se tienen en cuenta para el reconocimiento se deben trasladar a la entidad que reconoció la pensión porque son necesarios para financiar la pensión de jubilación, de tal manera que no se derivan diversas pensiones por cada uno de los riesgos máxime cuando existe la incompatibilidad legal ya reseñada.

Por lo expuesto, se considera que el reconocimiento de dos pensiones del mismo origen común vulnera los principios del servicio público esencial de seguridad social en especial los de eficiencia e integralidad, principios consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, y que existe una incompatibilidad legal entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez por cubrir el mismo riesgo, y, en consecuencia, se debió revocar la sentencia de primera instancia.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0207-2021
Radicado N° 24 2019 00172 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUZ STELLA PATIÑO JURADO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se declare la ineficacia del traslado

JEANNETE PATIÑO, con la ratificación de la mesada pensional, y con la base y semanas cotizadas en la AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 153 a 180).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la fecha en que se vinculó al ISS, las semanas cotizadas y solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, el hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades de la demandante para conocer las consecuencias del traslado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y prescripción (fls. 101 a 123).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** LA INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora LUZ STELLA PATIÑO JURADO, identificada con C.C. 43.049.416 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. suscrita el 31 de agosto de 2001, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. **SEGUNDO:***

efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 24 de agosto de 1962, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 6 de septiembre 1983 y el 1 de octubre de 2001, y cotizó a dicha entidad un total de 403.97 semanas, que el 31 de agosto de 2001 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., que al momento del traslado, el Fondo no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, que nunca se le informó como se calculaba la pensión en el RAIS; que nunca se realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas patrimoniales que implicaba el retorno al RPM; que el formulario de afiliación fue diligenciado con la información que el asesor le indicaba proporcionar; que fue suscrito por ella y que hasta el 17 de abril de 2017 tuvo conocimiento sobre el documento al radicar un derecho de petición ante la AFP solicitando información sobre su estado actual en la cuenta de ahorro individual y su proyección pensional; que por parte de PORVENIR solo recibía extractos trimestrales; que el 28 de junio del 2018, solicito a COLPENSIONES el traslado y retorno al RPM, entidad que resolvió la solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, con la fecha y suscripción del formulario de afiliación, sobre el derecho de petición radicado por la actora el 17 de abril del 2017, sobre la información suministrada del bono pensional que esta a nombre de la señora

pensional, dijo que tal obligación de información a cargo de las AFP debe ser clara, promocionalmente amplia y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables del traslado y en el caso bajo estudio no cumplió con la carga de probar el cumplimiento de esta obligación. Por lo anterior, concluyó que el traslado del RPM al RAIS de la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia, para el efecto sostiene que al momento del traslado de régimen de la demandante, no había ninguna forma concreta de como la AFP debía suministrar o brindar información, y por ello las asesorías se realizaban de manera verbal. Además, aduce que fue con el desarrollo normativo y jurisprudencial que se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo que nacen nuevas obligaciones para las Administradoras a cargo del RAIS. También reprocha la omisión de la demandante al no haber efectuado el traslado de régimen cuando ponía regresar al RPM y expone de manera concreta que ha de tenerse en cuenta que la afiliación de la demandante ocurrió hace más de 18 años aproximadamente.

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** sustenta el recurso en que quedó demostrado con el interrogatorio de parte y las pruebas documentales y testimoniales del proceso, no solo la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS sino también su intención de permanecer en dicho régimen. Resalta que al permitir el traslado, se estaría arriesgando la sostenibilidad financiera del sistema afectando a todos los usuarios del RPM, lo cual generaría una bomba fiscal para el Estado, que pone en riesgo el cumplimiento de sus obligaciones.

DECLARAR *que para todos los efectos legales la señora LUZ STELLA PATIÑO JURADO, identificada con C.C. 43.049.416 nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció afiliada al régimen de prima media con prestación definida representada por hoy en día por COLPENSIONES.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ STELLA PATIÑO JURADO, identificada con C.C. 43.049.416 como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el articulo 1746 del C.C., esto es, junto los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración que se hayan deducido de los aportes que hizo la demandante al Régimen de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reactivar la afiliación de la señora LUZ STELLA PATIÑO JURADO, identificada con C.C. 43.049.416 como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.* ***SEXTO: SIN CONDENA*** *en costas en esta instancia.* ***SÉPTIMO:*** *En el evento que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente decisión, se dispone que por secretaría se remita el proceso a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA*** *a su favor."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, a las AFP les asiste el deber de proporcionar información concreta sobre las implicaciones del traslado, en el entendido que no se encuentra delimitado a una simple manifestación genérica del derecho a la libre escogencia del régimen

septiembre 1983 y el 1 de octubre de 2001 por un total de 403.97 (fl. 31); ***iii)*** que el 31 de agosto de 2001 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (fl. 33); ***iv)*** que el 28 de junio de 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió de manera negativa a tal solicitud (fls. 85 y 86)

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la demandante pide que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen.

El apoderado de COLPENSIONES no presentó alegaciones de segunda instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 24 de agosto de 1962 (fl. 84); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 6 de

que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUZ STELLA PATIÑO JURADO se trasladó a AFP PROVENIR S.A. el 31 de agosto de 2001 (fl. 33), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD 2, min. 45:40), pues al efecto solo manifestó que para el traslado inicialmente asistió a una reunión grupal que ofrecía un asesor de PORVENIR en su lugar de trabajo, quien les indicó que la AFP era una entidad más liquida, que tenia mayor estabilidad y que el ISS se iba a quebrar.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre,

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos

2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia 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 en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ STELLA PATIÑO JURADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00172 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0011-2021
Radicado N° 25-2015-00352-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **NUBIA ISABEL LÓPEZ AYALA** contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo y absolvió de las demás pretensiones (fl. 97, 10:23 cd fl. 98).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 23).**

NUBIA ISABEL LÓPEZ AYALA solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo y que es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, en consecuencia, declarar ineficaz la terminación del contrato y condenar al reintegro en un cargo de igual o superior jerarquía, pago de salarios y prestaciones sociales, indemnización moratoria, indemnización por terminación sin autorización del Ministerio de Trabajo, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró para la demandada del 07 de mayo de 2013 al 27 de febrero de 2014 como *guarda de seguridad* a través de contrato de trabajo a término indefinido, siendo su jornada de 12 horas diarias y su salario promedio de 2013 de $870.000, prestando su servicio de manera personal y subordinada, finalizando su empleador el contrato alegando una justa causa inexistente el 27 de febrero de 2014, sin contar con autorización del Ministerio de Trabajo y sin permitir los exámenes médicos de egreso. Aseguró que se le diagnosticó cáncer y esta en tratamiento desde el 21 de febrero de 2014, pero E.P.S. SANITAS negó citas y tratamiento alegando mora del empleador en el pago de los aportes y al momento del despido necesita tratamiento, decisión que es discriminatoria y que se fundó en la pérdida de capacidad laboral y limitación física del trabajador.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 86 a 101).**

Mediante auto del 06 de julio de 2017, se ordenó el emplazamiento de **VIGILANCIA ANDINA LIMITADA** (fl. 76), siendo contestada la demanda por *curador ad litem*, quien manifestó atenerse a lo que resulte probado, no aceptó ningún hecho e interpuso la excepción genérica (fl. 88).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 97, 10:23 cd fl. 98).

El 18 de noviembre de 2020, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...) **PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora NUBIA ISABEL LÓPEZ AYALA y el demandado VIGILANCIA ANDINA LIMITADA existió un contrato de trabajo entre el 07 de mayo de 2013 y el 27 de febrero de 2014, en el cual ejecutó la labor de guarda de seguridad y como último salario fue la suma de $616.000. **SEGUNDO: ABSOLVER** al demandado VIGILANCIA ANDINA LIMITADA de todas las pretensiones incoadas por la demandante por lo motivado. **TERCERO:** envíese en consulta de no ser apelada la presente decisión, por haber resultado desfavorecida la demandante en esta providencia. **CUARTO:** fíjesen*

como gastos de curaduría a favor de la Dra. Adriana Patricia Correales Martínez la suma de $100.000, los cuales debe cancelar la demandante NUBIA ISABEL LÓPEZ AYALA. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo y de ser así establecer si la terminación fue ineficaz por tener la actora fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y si hay lugar a su reintegro y demás pretensiones.

Para resolver indicó que las pruebas documentales acreditan que entre las partes existió un contrato de trabajo, sin embargo, la H. CSJ ha establecido que son beneficiarios de la medida afirmativa de protección las personas con una discapacidad relevante de mínimo una PCL del 15% conforme el Decreto 2463 de 2001 y la demandante no acreditó estar calificada al momento del despido, por tanto absolvió de las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Agotado el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se abstuvieron de presentar alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones condenatorias de la **DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia a su favor.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66ª y 69 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede declarar que la demandante se beneficia del fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y si le asiste derecho a su reintegro y demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **NUBIA ISABEL LÓPEZ AYALA** y la demandada **VIGILANCIA ANDINA LIMITADA** (suscribieron contrato de trabajo a término indefinido, fijando el 07 de mayo de 2013 como fecha de inicio de la labor de guarda de seguridad y pactando como remuneración 1 smlmv (fl. 27 a 31); ***ii)*** la demandada comunicó por escrito el 27 de febrero de 2014 su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante alegando justa causa (fl. 26).

- **El fuero de Estabilidad Laboral Reforzada por Afectaciones de Salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991, consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador sin la autorización del Ministerio de Trabajo, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición conforme la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61

del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente validas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en la sentencia SL2841 de 2020, donde indicó que los trabajadores aforados por salud en vigencia del precitado decreto son aquellos que tienen una PCL del 15% o más.

Actualmente, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

La anterior definición de discapacidad concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud, posición ratificada en las sentencias SL572 de 2021, SL1404 de 2021 y SL4228 de 2021, donde la Alta Corte indicó que en virtud del principio de libertad probatoria del Juez Laboral, si no hay calificación y se desconoce el grado de limitación, circunstancia tales como incapacidad prolongada, tratamientos médicos especializados, restricciones o limitaciones laborales, conceptos desfavorables de rehabilitación o cualquier otra situación puede acreditar la discapacidad siempre y cuando sea notoria, evidente y perceptible la afectación grave y severa en la salud del trabajador y que esta limite la realización de su trabajo.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las

personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017, se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el MINISTERIO DE TRABAJO.

Así las cosas, es posible activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las Entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del MINISTERIO DE TRABAJO; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba

discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz. Dicha posición ha sido ratificada en las sentencias SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo y absolvió de las demás pretensiones.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**, siendo relevante considerar que en el presente asunto la totalidad de las pretensiones de la demanda dependen de que se declare que la demandante tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada y que procede su reintegro, motivo por el cual la Sala analizará en primer lugar si le asiste dicho derecho a la promotora del litigio.

Conforme con los antecedentes normativos expuestos, la estabilidad laboral reforzada por salud protege al trabajador en situación de discapacidad, cuando el empleador pretenda terminar su contrato de trabajo en atención a su estado de salud, conforme el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para definir el alcance de la protección se debe precisar el concepto de discapacidad, el cual en vigencia del Decreto 2463 de 2001 refiere a quien tiene calificada una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, posteriormente, se redefinió dicho concepto por el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013, el cual paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y la participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con los demás, postura que concuerda con la posición de la H. Corte

Constitucional expuesta en las sentencias C-824 de 2011, SU-049 de 2017, entre otras, así como por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ adoptada en las sentencias SL260 de 2019, SL572 de 2021, SL1404 de 2021, SL4228 de 2021, entre otras.

En cuanto la carga de la prueba, en las sentencias SL1360 de 2018, SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, entre otras, la H. CSJ ha indicado que corresponde al trabajador acreditar su discapacidad a la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que la finalización fue discriminatoria, debiendo el empleador demostrar que la terminación fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud, so pena de que se declare ineficaz la misma.

En el presente asunto no hay discusión de que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 07 de mayo de 2013 al 27 de febrero de 2014, conforme la copia del contrato y de la notificación del despido aportadas al proceso (fl. 26 a 31).

De otra parte, la demandante **NUBIA ISABEL LÓPEZ AYALA** aportó los siguientes documentos: ***i)*** controles por dermatología del 21 de febrero de 2021, 11 de marzo de 2021, 1° y 08 de abril de 2014 (fl. 40 a 43); ***ii)*** descripción de procedimiento de toma de biopsia de brazo derecho del 28 de febrero de 2014 (fl. 35); ***iii)*** resultado de biopsia de antebrazo derecho que determinó *melanoma maligno nodular ulcerado nivel de Clark IV* del 07 de marzo de 2014 (fl. 33 a 34); ***iv)*** valoración por cirugía general del 11 y 18 de marzo de 2014 (fl. 37y 38); ***v)*** descripción procedimiento quirúrgico de resección de tumor de piel y colgajo local simple de piel realizado en brazo derecho el 25 de marzo de 2014 (fl. 36); ***vi)*** junta médica que recomienda ampliar la resección del 14 de abril de 2014 (fl. 39).

Los anteriores elementos de prueba acreditan que a partir del 21 de febrero de 2014 y hasta el 14 de abril de 2014, la demandante fue

diagnosticada con melanoma de piel en su brazo derecho, siendo sometida a procedimiento quirúrgico el 25 de marzo de 2014.

No obstante lo anterior, la sola prueba de la afectación de salud no activa el fuero de estabilidad laboral reforzada, por cuanto es necesario aportar la calificación de pérdida de capacidad laboral del 15% o más o, en su defecto, acreditar que el trabajador sufrió una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, la cual le imposibilitó o dificultó sustancialmente la prestación del servicio, lo cual puede inferirse de incapacidades prolongadas, tratamientos médicos especializados, restricciones o limitaciones laborales o conceptos desfavorables de rehabilitación conforme la posición adoptada en las sentencias C-824 de 2011, SU-049 de 2017, SL260 de 2019, SL572 de 2021, SL1404 de 2021, SL4228 de 2021, entre otras.

En el presente asunto la demandante no acreditó que con anterioridad a su despido el 27 de febrero de 2014, haya sido calificada con una PCL del 15% o más, ni tampoco demostró que su estado de salud le imposibilitara o dificultara sustancialmente prestar su servicio, por cuanto no aportó incapacidad, restricciones o recomendaciones laborales, testimonios ni ningún elemento de prueba en tal sentido.

La anterior omisión probatoria impide concluir que la promotora del litigio reúne las condiciones para ser considerada beneficiaria del fuero por estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud, lo que conlleva a descartar la totalidad de las pretensiones elevadas contra **VIGILANCIA ANDINA LIMITADA**, por cuanto todas ellas estaban condicionadas a que se declarará el fuero alegado, lo cual no ocurrió. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado. Aclaración Voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2015 00352 01
DEMANDANTE: NUBIA ISABEL LÓPEZ AYALA.
DEMANDADO: VIGILANCIA ANDINA LTDA

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que con fundamento en el criterio y concepto que sobre discapacidad ha desarrollado la H. Corte Constitucional y algunas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, la estabilidad laboral reforzada por estado de salud prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral (moderada, severa o profunda), sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores en condiciones regulares o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la "*discapacidad*" es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es «*un concepto que evoluciona*», además, que es producto «*de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con*

las demás». Asimismo, el artículo 1.° señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

> *"Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.*
>
> *Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.*
>
> *En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.*
>
> *La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:*
>
> *Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a*

tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar."

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *"especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta"*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *"estabilidad en el empleo"*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *"Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad"*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

También se verifica la sentencia de constitucionalidad C-200 2019, que respecto a la postura de la Corte Suprema de Justicia, sobre la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, señaló:

""IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez

por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación."

Igualmente, en sentencia SU-049 de 2017, a través de la cual unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta que merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, indicó[1]:

"Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les "impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares", toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares..."

Lo anterior tiene sustento, refiere la Alta Corporación Constitucional en que[2]:

"....una interpretación de la Ley 361 de 1997 conforme a la Constitución tiene al menos las siguientes implicaciones. Primero, dicha Ley aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a sus beneficios que traía la Ley en su

[1] Corte Constitucional. Sentencia Unificadora 049 de 2017
[2] Sentencia SU-049 de 2017.

versión original, que hablaba de personas con "limitación" o "limitadas" (Sentencia C-458 de 2015). Segundo, sus previsiones interpretadas conforme a la Constitución, y de manera sistemática, se extienden a todas las personas en situación de discapacidad, así entendida, "sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación" (sentencia C-824 de 2011). Tercero, para exigir la extensión de los beneficios contemplados en la Ley es útil pero no necesario contar con un carné de seguridad social que indique el grado de pérdida de capacidad laboral (sentencia C-606 de 2012). Cuarto, en todo caso no es la Ley expedida en democracia la que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, pues esta es una regulación reglamentaria."

Por tanto, esa protección especial se predica de todos los derechos, por consiguiente, también de la *"estabilidad en el empleo"*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta fundamental. Asimismo, tal garantía la podemos encontrar en la Ley 361 de 1997, Ley 1346 de 2009 y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, las cuales establecieron una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminada.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-00200-2021

Radicado N° 25 2018 00530 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DELIA GOMEZ DE BUITRAGO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hija a partir del 8 de junio de 2017, junto con el retroactivo pensional causado a partir de esta fecha, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que su hija ISABELIA BUITRAGO GOMEZ falleció el 8 de junio de 2017 por una enfermedad de origen laboral, que al momento del fallecimiento se encontraba afiliada a la ARL POSITIVA, que al momento del fallecimiento de su hija no era autosuficiente en materia económica y dependía económicamente de ésta, quien le realizaba un aporte periódico y permanente para que mantuviera un nivel de vida medio alto y cubriera servicios públicos, administración, empleada doméstica, recreación, vivienda, salud, vestuario y alimentación. Aduce que su hija percibía ingresos por diferentes actividades, que el 12 de diciembre de 2017 solicitó el reconocimiento de la pensión a la ARL y mediante comunicación del 24 de enero de 2018 la demandada negó el reconocimiento de la prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de fallecimiento de la causante, su afiliación y las solicitudes presentadas por su madre, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, prescripción y buena fe (fls. 107 a 118).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de octubre de 2020, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"**PRIMERO: DECLARAR** que la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. debe reconocer y pagar la señora. DELIA GOMEZ DE BUITRAGO, cédula N°23.573.679, la pensión de*

sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hija, ISBELIA BUITRAGO GOMEZ a partir del 08 de junio del 2017, en cuantía inicial de $757.609 y en adelante por 13 mesadas anuales por lo motivado. ***SEGUNDO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción por lo motivado.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A al pago por concepto retroactivo y a favor de la aquí demandante DELIA GOMEZ DE BUITRAGO a partir del 08 de junio del 2017, que a la fecha ascienden a la suma de $34.801.569, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.* ***CUARTO: DECLARAR*** *que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. debe reconocer y cancelar los intereses de mora del que trata la Ley 100 de 1993, artículo 141, a partir del 12 de abril del 2017, que a la fecha ascienden a la suma de $9.014.248, pero teniendo en cuenta que la norma es clara, estos deberán ser liquidados con tasa de interés vigente al momento de su pago.* ***QUINTO: COSTAS*** *a cargo de la demanda POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y a favor de la aquí demandante, por valor de $1.500.000.* ***SEXTO: CONSULTA*** *de no ser apelada la presente decisión, envíese a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta".*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante tenía la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama como madre del causante. Para resolverlo indicó que conforme la prueba testimonial recibida dentro del proceso es posible establecer que la causante convivía con su padre y su madre al momento del fallecimiento, además que ésta dependía económicamente de su hija en cuanto era quien ayudaba con algunos de los gastos del hogar y pagaba los gustos, viajes y demás cosas relacionadas con el cuidado personal de su madre. Señaló, que según la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la dependencia no debe ser total y absoluta sino que basta con que los ingresos recibidos del causante ayudaran a solventar algunas de sus necesidades y que además no resulta relevante al efecto que la madre de la causante fuera propietaria de algunos inmuebles.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada POSITIVA S.A. interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que las pruebas aportadas al expediente demuestran que la demandante no dependía económica de su hija fallecida, pues lo que se demostró es que si bien ésta aportaba un dinero a su madre, ello no era para la subsistencia o solvencia de sus necesidades, pues así como lo mencionaron los testigos y ella misma en diligencia de interrogatorio de parte, lo que su hija le aportaba servía para costear sus viajes al exterior y pagar el salón de belleza, luego de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte es posible concluir que dicho aporte no era relevante, esencial ni preponderante para la subsistencia de la actora. Aduce además que la demandante tiene varios inmuebles a su nombre, como se desprende de la investigación administrativa que realizó su representada, y que aun cuando la actora manifestó que dichos inmuebles ya no eran suyos porque había tenido que venderlos, lo cierto es que éstos todavía figuran a su nombre y por ello debe estudiarse la posibilidad de compulsarle copias a la Fiscalía por presunto falso testimonio. Subsidiariamente y en caso de que se confirme la decisión solicita que se revoque la condena al pago de indexación o intereses moratorios, pues no procedente la imposición de las dos porque cubren el mismo concepto[1].

---

[1] *"Gracias señoría, siendo esta la oportunidad procesal correspondiente, respetuosamente le manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir. Respetuosamente le solicito a los Honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá se sirvan revocar la decisión que ahora acaba de proferir él a quo por las siguientes razones; si bien se respeta la decisión que se acaba de proferir, la misma no se comparte en primera medida porque la jurisprudencia ha sido concordante con los materiales en establecer que si bien es cierto, no se exija una dependencia económica absoluta del causante, también lo es que esa dependencia económica ha de tener la virtualidad de resultar vital y necesaria para la subsistencia del pretendido beneficiario. En esos términos la Corte Suprema de Justicia en Sentencia con radicación 1980067 del 27 de marzo del 2003 establecido que -"lo advertido por cuanto la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el puesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate, de ahí que si resulta necesario establecer no solo en qué consistía si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte*

que hacía el causante en vida. Para en perspectiva de esa situación para determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar dependencia la dependencia económica exigida. Así las cosas no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorga a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para obstinar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidas ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas"- esa postura de la Corte Suprema de Justicia ha sido ratificada entre otras en las sentencias es CSJ SL 816 de 2013 con la radicación 49277, en la radicación 47695 del 01 de julio de 2015 y en las radicaciones SL 9640 del 2014, SL 8928 del 2014, SL 307090 del 2007, SL 22132 del 2004, SL 24149 de 2005, SL 26406 del 2006, al igual que la SL 30348 del 2007 y SL 31205 del 2007. Conforme a lo anterior y a voces de lo que ha establecido la jurisprudencia de la sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que la ayuda que le brinda el causante al pretendido beneficiario debe ser relevante, esencial y prepondérate. Analizado y establecido lo anterior, Honorables magistrados, creo que salta a la vista que si bien la demandante no es auto sostenible conforme a lo que quedo aducido aquí en el proceso, al parecer no genera ingresos propios, lo cierto es que durante toda su vida ha sido sostenida por su esposo, quien tiene unos ingresos cercanos a los $6.000.000 mensuales y quien, independientemente de la ayuda que le pudiera brindar eventualmente la causante, es quien siempre velo por el sostenimiento de su hogar y así ha sido durante los 51 años que llevan de casados. En esa línea, tenemos que ir a voces de la misma confesión que efectúo la misma demandante en su interrogatorio de parte y tal como lo narran los testigos, la ayuda que le significaba la causante a la hoy demandante, consistía en patrocinar o ayudarle o pagarle sus viajes al exterior, sus sesiones de salón de belleza y todo lo concerniente a la vida social de la demandante, pero entonces tenemos que hacernos una pregunta puntual y es ¿el hecho de que la demandante no cuente con esta ayuda, pone en riesgo la subsistencia o el saneamiento de las necesidades básicas de su hogar? ¿Con la falta de ayuda de los ingresos que supuestamente le aportaba la causante a ese hogar, se pone en peligro el mínimo vital de la demandante o cualquier otra situación que suponga efectivamente un menoscabo por no depender o por no percibir esa ayuda que ocasionalmente recibía?, pues naturalmente no, y el espíritu de la norma establecida por el legislador es claramente proteger a aquellas personas que sí requieran el sustento, así no fuera total, pero en situaciones muy importantes como el mercado, la vivienda, la salud, los medicamentos de la persona que falleció y que ante su ausencia va a quedar desprotegida. No, en este caso no nos encontramos frente a eso, la señora lo máximo que va a sufrir es que no va a poder viajar al exterior en la regularidad que lo hacía, porque no va a poder almorzar los fines de semana, pero ¿eso tiene la virtualidad de generar una dependencia económica?, naturalmente no, porque el legislador lo que trata de proteger es una subsistencia necesaria y aquí claramente nos encontramos ante unas necesidades congruas que no es el espíritu proteccionista de la norma y muy seguramente no está establecida de esa forma, razones que consideró suficientes Honorables magistrados para que se tenga por demostrado que no existe dependencia económica y en consecuencia no cumple los requisitos procesales establecidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 la demandante para acceder a la pensión de sobrevivientes que hoy reclama y le fue reconocida en primera instancia por el Honorable juzgado 25 laboral del circuito de Bogotá. En esas líneas abordó ese tema y finalmente con la sentencia que se acaba de verter por parte del a quo, que ordenó la indexación de las mesadas y además de eso, ordenó intereses moratorios, razón por la cual en caso de que no salga avante la declaratoria de que no existe dependencia económica, les solicitó a los Honorables magistrados se sirvan revocar la condena sea por intereses moratorios o por indexación por cuanto las mismas son abiertamente incompatibles, como quiera que las dos son una especie de sanción que buscan salvaguardar el poder adquisitivo de la moneda y al aplicarse a las dos, estaría condenando a mi mandante a una doble sanción por un mismo hecho. Además de lo anterior, tenemos que los intereses moratorios únicamente se causan cuando existiendo el reconocimiento pensional, el fondo de pensiones en este caso la ARL se sustrae del pago puntual de los mismos, es decir, para que operen intereses moratorios debe existir un reconocimiento pensional so pena de que no se puedan reconocer los mismos, eso a la luz del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que es claro en determinar que los mismos solo acontecen una vez ocurrido esa situación, de que existe un reconocimiento y se incurre en mora por parte, en pago, en mora del pago por parte de la entidad pagadora, razones que consideró suficientes para que los Honorables magistrados se sirvan revocar, sea la

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia con fundamento en que se encuentra suficientemente probada la dependencia económica de la demandante respecto de su hija fallecida.

El apoderado de la demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia que ordenó el reconocimiento de la pensión y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de la demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si la demandante acreditó el requisito de la dependencia económica

---

indexación o los intereses moratorios por cuanto se reitera, es una doble sanción y la misma se torna incompatible a la luz del ordenamiento jurídico Colombiano y la amplia jurisprudencia que ha debatido el tema. Bueno y finalmente, si bien es cierto la demandante arguye que únicamente tiene la propiedad ubicada en la ciudad de Bogotá, lo cierto es que del índice de propietarios expedido por la Superintendencia de Notariado y registro es claro, que todos los bienes relacionados por mi poderdante en cuanto a la investigación administrativa continúan en cabeza de la demandante, de ahí que no se entiende las manifestaciones que efectúa en esta instancia bajo la gravedad de juramento y respetuosamente le solicito a los Honorables magistrados de oficio verificar la posibilidad de una compulsa de copias ante a las entidades correspondientes, sea la Fiscalía General de la Nación por una presunta en falso testimonio, atendiendo que se encontraba bajo la gravedad de juramento, manifestó no ser propietaria de esos inmuebles, no obstante ante el índice de propietarios da cuenta de algo totalmente contrario. En esos términos Honorables magistrados, dejó sentado mi recurso de apelación, para que se sirvan revocar la decisión aquí proferida y en consecuencia absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones como quiera que no se logra demostrar la dependencia económica, muchas gracias señor juez."

respecto de su hija fallecida para obtener la pensión de sobrevivientes que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que ISBELIA BUITRAGO GOMEZ falleció el día 8 de junio de 2017 (fl. 13); ***ii)*** que la demandante es la madre de la causante (fl. 12); ***iii)*** que para el momento del fallecimiento el causante se encontraba afiliada a la ARL POSITIVA (fl. 54); ***iv)*** que la enfermedad que padecía la causante fue calificada como de origen laboral (fls. 66 a 69 y 75 a 79).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver sobre la pensión de sobrevivientes que se reclama, la norma aplicable por ser la vigente en la fecha en que murió la afiliada, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, cuyo literal D dispone que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijo con derecho, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los padres del afiliado si dependían económicamente de éste.

Sobre ésta, la dependencia económica, y frente a la cual manifiesta oposición el apoderado de la ARL demandada en el recurso, se ha pronunciado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de radicación 22132 del 11 de mayo de 2004 consideró que, si bien ésta implica el soporte económico del hijo necesario para la subsistencia de sus padres, ello no descarta la posibilidad de que éstos reciban un ingreso adicional o que no se estuvieran destinando la totalidad de los ingresos del hijo a la manutención de sus progenitores. Sin embargo, y dada la condición que incluye la norma, para reconocer la prestación se debe aportar al proceso prueba clara de que el soporte brindado por el hijo fallecido era

esencial para la subsistencia del núcleo familiar que integraba con sus padres (Sentencia SL 3051-2019, SL 4071-2019, SL 4601-2019, SL 4599-2019, entre otras).

En este mismo sentido y con efectos de cosa juzgada Constitucional, la sentencia C-111 de 2006, hizo una distinción de la dependencia económica como una condición para causar el derecho a pensión de sobrevivientes, de la simple ayuda o contribución que los hijos otorgan a sus padres. Para la Corte Constitucional la dependencia involucra el concepto de "*necesidad*" entendida como "*la falta de condiciones materiales que permitan a los beneficiarios de la pensión suministrarse para sí mismos su propia subsistencia, de manera que el aporte del hijo se convierta en imprescindible para asegurar la subsistencia de quien, como los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir dicha ayuda en calidad de beneficiarios. Por ello la dependencia económica no siempre es total y absoluta (...) la misma responde a un juicio de autosuficiencia, que en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, admite varios matices, dependiendo de la situación personal en que se encuentre cada beneficiario*".

Bajo estos referentes jurisprudenciales, la dependencia exige certeza sobre la necesidad que tenían los padres de la ayuda que brindaba el hijo pues tal ayuda se requería para asegurar su subsistencia, y para demostrar dicha condición resulta indispensable conocer el presupuesto habitual del núcleo familiar del beneficiario -ingresos y egresos- en el momento del fallecimiento, y probar que los gastos de dicho presupuesto se financiaban en todo o en parte con aportes que hacía el hijo causante.

Con estas precisiones y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia que ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues a juicio de la

Sala, las pruebas aportadas al expediente no demuestran la existencia de la dependencia económica de la demandante respecto de su hija fallecida, la prueba documental y testimonial solo dan cuenta de que la actora efectivamente recibía una ayuda de su hija, pero en manera alguna puede darse a esa ayuda la connotación de dependencia, pues dicho rubro no era esencial para la subsistencia del núcleo familiar, ni mucho menos involucra el concepto de necesidad.

Conviene agregar que, al revisar el texto de la demanda, ni siquiera se hizo referencia en los hechos al valor específico o aproximado de la ayuda que brindaba la hija, o cuál era el presupuesto de gastos que tenía el hogar para la fecha en que murió ISBELIA BUITRAGO GOMEZ.

En el texto del escrito inicial se hicieron afirmaciones genéricas sobre la materia, y en contra de lo pretendido en el proceso, las pruebas aportadas al expediente aportan indicios de autosuficiencia, pues demuestran que para la fecha del fallecimiento de la causante, DELIA GOMEZ DE BUITRAGO convivía con su cónyuge y una hija menor; que su esposo se encuentra pensionado por la ETB; que habitaban en casa de su propiedad y aun cuando no percibe ingresos, tenía cubiertas sus necesidades y la ayuda que la causante le hacía estaba destinada a cubrir sus viajes, salidas de domingos y sus idas al salón de belleza. El único aporte cierto que realizaba la causante a su núcleo familiar era el pago de administración y el pago de la persona del servicio doméstico.

Lo dicho en precedencia se corrobora con lo manifestado por la misma demandante en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 4 min. 04:26) donde adujo que su hija devengaba un salario mínimo y aparte tenía otros ingresos por trabajos independientes, que contribuía con varios gastos del hogar, como la administración,

mercado y pago de la persona del servicio doméstico, que era quien la invitaba a comer fuera los fines de semana, le pagaba sus viajes y las idas al salón de belleza, dijo que convive con su esposo y éste es pensionado, pero que desde que su hija falleció tuvo que bajar su *"categoría"*. Agregó que la vivienda que habitan es de propiedad de ella y su esposo y que, si bien existen en Arauca varios inmuebles a nombre de ella y su esposo, lo cierto es que dos de esos bienes fueron vendidos y a dos de las fincas no pueden ir porque están en zona roja y fueron desplazados de la zona.

Ahora bien, la testigo NELBA CECILIA RUIZ SEPULVEDA (CD. 4 min. 14:03), quien dijo ser la persona que realizaba las labores domésticas del hogar conformado por la causante, sus dos padres y una hermana menor desde hace 13 años, manifestó que la causante era la persona que atendía los gastos del hogar porque era quien pagaba administración, servicios, mercado y su salario, y que aparte era quien contribuía con todo lo de belleza para la mamá, spa, salón de belleza, dijo además que la causante siempre vivió con sus padres y solo se ausentó un año que se fue a vivir a Londres, que cree que los gastos eran compartidos entre la causante y el señor Humberto (esposo de la demandante), y que desde que falleció Isbelia solo asiste un día a la semana a la casa y es don Humberto quien le paga.

Por su parte CARMEN PAULINA GARCIA POLO (CD. 4 min. 27:48), quien dijo ser amiga de la demandante desde 2008 y conocer a su familia desde el 2010, manifestó que la causante vivía con sus padres y una hermana menor al momento del fallecimiento, que ésta no siempre vivió con sus padres, pues había vivido de forma independiente durante una temporada y regresó con sus papás una vez supo de su enfermedad, que sabe que ella pagaba la administración de la casa donde vivían y que era quien velaba por el bienestar de la mamá y la llevaba a comer fuera los fines de semana.

WILSON ENRIQUE BUITRAGO GOMEZ (CD. 4 min. 33:51), dijo ser hijo de la demandante, manifestó que su hermana Isbelia ayudaba a su mamá con sus cosas personales, que era quien le pagaba los viajes, la llevaba a comer fines de semana y contribuía con el pago de la administración y la persona del servicio doméstico. Dijo además que su papá es pensionado de la ETB y que su hermana Rubiela también ayudaba a su madre eventualmente, que él y sus otros hermanos no ayudan con la casa de sus papás porque tienen sus propios gastos.

De los testigos referidos, el dicho de la testigo NELBA CECILIA RUIZ SEPULVEDA, no ofrece mayor credibilidad a la Sala en cuanto sus manifestaciones fueron incongruentes con lo dicho por los testigos restantes, pues ésta afirmó que la causante siempre convivió con sus padres y solo había estado fuera un año que vivió en Londres, pero según lo manifestado por los demás testigos, la causante vivía en su apartamento de forma independiente hasta el momento en que tuvo conocimiento de su enfermedad y regresó a la casa de sus papás.

De todas formas, lo único que se extrae de las manifestaciones referidas es que la demandante convive con su esposo que es pensionado de la ETB, que la casa que habitan es de su propiedad, que tiene otros inmuebles y que la causante asumía el pago de la administración, el pago de la persona del servicio doméstico, y le costeaba a su mamá viajes, salidas de fin de semana y en general algunas cosas para su cuidado personal. De ello, no puede concluir la Sala en la existencia de una dependencia económica de la madre respecto de su hija, pues de la ayuda brindada no se desprende la existencia de la dependencia económica, en cuanto el núcleo familiar de la afiliada y su madre tenían como solventar sus necesidades.

Resulta pertinente agregar que lo manifestado por la demandante, su núcleo familiar y algunos de los testigos aquí referidos en la diligencia de investigación administrativa que adelantó la demandada ante la solicitud de reconocimiento de la pensión elevada por la actora, dista un poco de lo informado dentro de este proceso. En efecto, para ese momento se adujo que los gastos mensuales de la familia, correspondían aproximadamente a $9.360.000 (agua, luz, teléfono, gas, mercado, cuotas de créditos bancarios, transporte y medicamentos), que la causante cubría un 50% de éstos y su padre el 50% restante, que su padre se encuentra pensionado por la ETB y que el valor aproximado de su mesada es de $6.700.000 pero recibe solo $3.038.000. Aunado a ello se estableció que la actora y su pareja son propietarios de múltiples inmuebles en el departamento de Arauca (CD. 1, Pdf. 4, fl. 95 y siguientes).

Estas afirmaciones distan de lo informado en este proceso, en cuanto la misma demandante en diligencia de interrogatorio de parte dijo que su hija aportaba como 400 o $500.000, y que los gastos del hogar eran de aproximadamente un millón quinientos o dos millones, situación que resulta un poco distinta a la planteada en la entrevista de la ARL.

Para la Sala la suma de todos estos indicios, la incongruencia en parte de la información suministrada, y lo que puede extraerse de manera cierta de las pruebas aportadas, concluye, como ya se dijo, que DELIA GOMEZ DE BUITRAGO no dependía económicamente de su hija fallecida, lo único cierto es que ésta aportaba una ayuda económica a su núcleo familiar, pero ninguno de los testigos o pruebas documentales hacen referencia a un monto específico de dinero que aportara la hijo al hogar, menos aún se refieren a cuál era el presupuesto aproximado de gastos que tenía el núcleo familiar, para poder de deducir de ello la necesidad que tenía la demandante de la ayuda que brindaba la hija en vida,

por ser ésta necesaria para asegurar su subsistencia. La carga de probar tales hechos la tenía la demandante, según lo dispone el artículo 167 del GCP y como no la cumplió deberá revocarse la sentencia apelada.

Sobre la pretensión subsidiaria, referida al reconocimiento de la devolución de saldos, la Sala no realizará pronunciamiento alguno, en cuanto la AFP a la cual se encontraba afiliada la causante para la fecha del fallecimiento no fue citada a este proceso.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-00201-2021

Radicado N° 26 2018 00622 02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 14 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CESAR DANIEL HERNANDEZ MANCIPE, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ECOPETROL S.A.** Solicita que se condene al reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría, al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha efectiva del reintegro, junto con los aportes al sistema de seguridad social, aumentos legales y extralegales y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 1° de septiembre de 2003 mediante contrato de trabajo a término indefinido; que prestó servicios hasta el 4 de noviembre de 2015; que el último cargo desempeñado fue el de profesional II y devengaba la suma mensual de $7.480.718; que el 4 de noviembre de 2015, fue despedido sin justa causa; que el 10 de noviembre siguiente, solicitó a la demandada su reintegro al mismo cargo o a uno de similares condiciones. Informó que durante la ejecución de la relación laboral la demandada le pagaba un subsidio de arriendo, subsidio de alimentación y le realizaba un aporte a Cavipetrol.

Aduce que mediante acta de constitución N° 1-07 del 14 de febrero de 2014, es inscrita en el registro sindical la Asociación Sindical de Profesionales de Ecopetrol S.A. ASPEC; que el día 23 de mayo de 2014, la Organización Sindical ASPEC aprobó presentar el pliego de peticiones aprobado por los afiliados; que el día 14 de julio de 2014, inició la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva; que el 22 de agosto de 2014, finalizó la etapa de arreglo directo; que el acta de finalización de esta etapa contiene las firmas de comisión negociadora de la organización sindical, pero no las firmas de la empresa; que el 25 de agosto de 2014, la organización sindical solicitó al Ministerio de Trabajo la conformación de un Tribunal de Arbitramento y mediante Resolución N° 00963 del 17 de marzo de 2015, el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección del Ministerio de Trabajo no accedió a la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, contra dicha Resolución la organización sindical interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Mediante Resolución N° 03015 del 6 de agosto de 2015, se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición y se concedió el recurso de apelación.

Afirma que mediante Resolución N° 4463 del 3 de noviembre de 2015, el Ministerio de Trabajo resolvió el recurso de apelación y

decidió confirmar las resoluciones que negaron la convocatoria del Tribunal de Arbitramento; que era afiliado a la organización sindical ASPEC y que para el momento de su despido la demandada se encontraba en un conflicto colectivo de trabajo originado con la presentación del pliego de peticiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ECOPETROL S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, aclaró que en efecto se dio una etapa de arreglo directo que dio inicio a un proceso de negociación unificado con los demás sindicatos y que ésta terminó con la suscripción de la convención colectiva de trabajo ECOPETROL – USO 2014-2018, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (fls. 154 a 163, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de octubre de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a ECOPETROL de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Cesar Daniel Hernández Mancipe. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la parte demandada, relevándose el despacho del pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante. Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOSCIENTO MIL PESOS ($800.000). **CUARTO:** Consúltese con el*

superior la presente sentencia en caso de que no sea debidamente apelada."

La Juez definió el problema jurídico en determinar si al momento del despido la demandada se encontraba en un conflicto colectivo de trabajo y si el actor es beneficiario de la garantía de fuero circunstancial que reclama. Para resolverlo indicó que para el momento en que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo del actor ya había finalizado el conflicto colectivo que inició con la presentación del pliego de peticiones por parte de la Organización Sindical ASPEC, señaló que los diferentes pliegos de peticiones presentados por los sindicatos que tiene la empresa demandada se negociaron de manera conjunta, y como consecuencia de esa negociación el conflicto finalizó con la expedición de la convención colectiva.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que en casos en que se realiza una negociación concentrada de varios pliegos de peticiones presentados por diferentes sindicatos, en aplicación del Decreto 089 de 2014, si uno de ellos no está de acuerdo con la negociación, así se expida una convención colectiva, puede continuar con la siguiente etapa del conflicto para lograr un acuerdo sobre sus peticiones, por ello, refiere que en el caso bajo estudio el conflicto colectivo subsistía y es precedente el reintegro reclamado.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicita

en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda en cuanto se acreditó que el actor no era beneficiario de la garantía de fuero circunstancial que reclama.

Por su parte la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, al efecto cita jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con conflictos colectivos de trabajo y reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si el demandante era beneficiario de la garantía de fuero circunstancial al momento de la terminación del contrato de trabajo.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** el demandante prestó servicios a ECOPETROL S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de septiembre de 2003 y el 4 de noviembre de 2015, ocupando el cargo de Profesional II y que, el último salario devengado corresponde a $7.480.718 (hechos aceptados por la demandada en la contestación de la demanda); ***ii)***; que al demandante le fue terminado el contrato sin justa causa el día 4 de noviembre de 2015 (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda); ***iii)*** que la

ASOCIACION SINDICAL DE PROFESIONALES DE ECOPETROL S.A. – ASPEC fue constituida el 14 de febrero de 2014 (fl. 25, pdf. 1); ***iv)*** que el 29 de mayo de 2015 dicha organización sindical presentó pliego de peticiones a ECOPETROL S.A. (fl. 28, pdf. 1); ***v)*** que el actor se afilió a ASPEC el día 20 de mayo de 2015 (fl. 121, pdf. 1).

- **Sobre el Fuero Circunstancial**

Para resolver el problema jurídico planteado precisa la Sala que esta protección esta instituida para evitar el despido sin justa causa de los trabajadores que han presentado pliegos de peticiones, durante las etapas de la negociación colectiva, con lo cual se protege la unidad del colectivo de trabajadores frente a eventuales decisiones arbitrarias del empleador que pretendan minarla con el despido de trabajadores. Al efecto el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece:

> *"Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto".*

Frente a la existencia de varias organizaciones sindicales al interior de una empresa, el Decreto 089 de 2014, define en su artículo 1°, los siguiente:

> *"Cuando en una misma empresa existan varios sindicatos, estos, en ejercicio del principio de la autonomía sindical, podrán decidir, comparecer a la negociación colectiva con un solo pliego de peticiones, e integrar conjuntamente la comisión negociadora sindical (...)".*

Sobre el fuero circunstancial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que efectivamente procede la acción de reintegro para los trabajadores que luego de presentar un pliego de peticiones son despedidos sin justa causa, conducta que se sanciona con el pago de salarios y demás emolumentos causados

entre la fecha de la ruptura y la de la decisión judicial que así lo ordene, condicionando esto a la declaración de un despido injusto; de lo contrario se ha precisado que el despido produce el efecto de terminación legal del contrato de trabajo y en consecuencia lo libera de cualquier obligación indemnizatoria (Sentencia SL 5467 del 14 de octubre de 2015).

Ahora bien, sobre la terminación del conflicto colectivo de trabajo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justica ha dicho que ésta puede darse de dos formas: en forma normal, cuando se suscribe la respectiva Convención Colectiva de Trabajo o con la ejecutoria del laudo arbitral, en virtud de lo dispuesto en el artículo 461 del CST; y de forma anormal, cuando las partes no cumplen con los deberes legales tendientes a que la negociación colectiva siga su curso normal y abandonan la controversia (Sentencia SL 3429 del 26 de agosto de 2020).

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte el Tribunal que la Organización Sindical ASPEC presentó un pliego de peticiones a ECOPETROL S.A. el día 29 de mayo de 2014 (fl. 28, pdf. 1); que el demandante se afilió a dicha organización el día 20 de mayo de 2015 (fl. 121, pdf. 1), situación que era conocida por ECOPETROL, por cuanto ASPEC así se lo informó y además realizaba descuentos de nómina al actor para el pago de la cuota sindical (fl. 123, Pdf. 1); también se advierte que el actor fue despedido sin justa causa el 4 de noviembre 2015, pues así lo aceptó la demandada desde la contestación de la demanda.

Sobre el conflicto colectivo de trabajo que inició con la presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical ASPEC, se observa del contenido de la Resolución N° 00963 del 17 de marzo de 2015 (Pdf. 1 fls. 125 a 127) que algunas organizaciones sindicales existentes en ECOPETROL, entre ellas ASPEC, suscribieron el *"Acta de Acuerdo Negociación Colectiva"* de

fecha 3 de julio de 2014, con el fin de negociar los diversos pliegos de peticiones en una sola mesa de negociación en los términos que define el Decreto 089 de 2014.

De dicho documento, entiende la Sala que para resolver el conflicto colectivo que surgió por la presentación de varios pliegos de peticiones por parte de las diferentes organizaciones sindicales que hay en la empresa demandada, se acordó que éste sería resuelto mediante un proceso de negociación unificado e integrado, lo que quiere decir que no habían conflictos independientes por cada uno de los pliegos de peticiones presentados y que su finalización sería separada e independiente, sino que al haberse acordado una negociación unificada para la solución del conflicto, necesariamente su terminación o solución sería aquella que se definiera como resultado del proceso unificado e integrado, del cual formaron parte todas las organizaciones sindicales referidas en precedencia.

Bajo este supuesto, se observa que el conflicto colectivo de trabajo finalizó con la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo julio de 2014 – junio de 2018, depositada en el Ministerio de Trabajo el día 12 de septiembre de 2014 (fls. 185 a 254, Pdf. 1), pues ésta fue el resultado del proceso de negociación unificado e integrado previamente acordado en el acta de fecha 3 de julio de 2014.

Si bien, obra dentro del expediente acta suscrita por ECOPETROL y ASPEC el 22 de agosto de 2014 (fl. 183 y 184 Pdf. 1), donde se manifestó el desacuerdo de las partes respecto de la totalidad de los puntos definidos en el pliego de peticiones presentado, no puede entenderse que subsistía conflicto colectivo alguno, en la medida en que el proceso de negociación finalizó con la suscripción de la Convención Colectiva y ésta finalmente es el resultado de lo acordado inicialmente, por lo que en criterio de la Sala no podía continuarse de manera indefinida con dicho conflicto.

Ahora, HENRY RIVERA CARRILLO (audio 1, min. 13:08), FREDY URIBE GOMEZ (audio 1, min. 31:05) y MARIO HERNAN CARDOZO LENIS (audio 1, min. 55:16), manifestaron en diligencia de testimonio que formaban parte de la comisión negociadora del sindicato ASPEC y que no habían llegado a acuerdo alguno con ECOPETROL porque las mesas de negociación habían sido independientes y ellos no suscribieron la Convención Colectiva, sino que solicitaron la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Ministerio de Trabajo. No obstante, el dicho de estas personas no conduce a cambiar el sentido de la decisión en cuanto no aportan nada diferente a lo ya estudiado, pues sus afirmaciones solo llevan a querer desconocer lo acordado inicialmente al establecerse el proceso de negociación unificado e integrado y ratifican lo que esta organización manifestó en acta de fecha 22 de agosto de 2014, ya referida.

Aunado a lo anterior, mediante Resoluciones 00963 del 17 de marzo de 2015; 03015 del 6 de agosto de 2015 y 4463 del 3 de noviembre de 2015 (fls. 125 a 146, Pdf. 1) el Ministerio de Trabajo negó la conformación del Tribunal de Arbitramento que solicitó ASPEC, con fundamento en que el conflicto colectivo había finalizado con la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo. Tampoco podría entenderse, como lo pretende el actor, que se tenga como fecha de finalización del conflicto, aquella en que el Ministerio profirió la última Resolución, pues independientemente de que la organización sindical solicitara la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Ministerio, ello no quiere decir que por dicha solicitud se extendiera o mantuviera en el tiempo un conflicto colectivo ya zanjado.

Para resolver el argumento de apelación referido a que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias, tales como la SL1604-2019, SL1382-2017, SL3491-2019 y SL1983-2020, ha aceptado que aun cuando en virtud de lo definido

en el Decreto 089 de 2014, se pacte la realización de una negociación colectiva concertada de los pliegos de peticiones presentados por los diferentes sindicatos que subsistan en una empresa, y esta negociación finalice con la suscripción de una convención colectiva, ello no obsta, para que el sindicato inconforme o que no suscribió dicha convención acuda a las siguientes fases de solución del conflicto, como la huelga o convocatoria del Tribunal de Arbitramento. Sobre este particular debe precisar la Sala, que la situación que plantea el caso bajo estudio, no permite entender de acuerdo al criterio de la Corte, que el conflicto colectivo suscitado por ASPEC se encuentre vigente, pues como se refirió en precedencia, el órgano administrativo encargado de definir lo pertinente, estableció que el conflicto colectivo había finalizado con la suscripción de la convención colectiva, luego, no puede el Tribunal aplicar un criterio de interpretación a un asunto donde las condiciones planteadas son diferentes, en el entendido que aquí la autoridad administrativa ya había dispuesto que el conflicto había finalizado con la suscripción de la convención colectiva y dichos actos administrativos se mantienen vigentes, pues no han sido anulados por la jurisdicción contencioso administrativa.

Tampoco resulta relevante lo manifestado por el demandante en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 05:53), pues sus afirmaciones no aportan nada distinto a lo ya estudiado en precedencia.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal que el demandante no se encontraba amparado por la garantía foral que reclama al momento del despido, pues definido está, que para el 4 de noviembre de 2015, fecha en que fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa, ya había finalizado el conflicto colectivo de trabajo por la suscripción de la Convención, razón por la cual no hay lugar a ordenar el reintegro deprecado.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada

HERNAN MAURICIO OLIVERSO MOTTA
Magistrado ACLARACIÓN VOTO

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

ACLARACIÓN DE VOTO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2018 00622 01
DEMANDANTE: CESAR DANIEL HERNÁNDEZ MANCIPE
DEMANDADO: ECOPETROL S.A.

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto, en el sentido de señalar que, en el presente caso para la data del despido del actor - 4 de noviembre de 2015 - ya no existía fuero circunstancial al haber terminado de manera anormal el conflicto colectivo, ante la falta de un interés inequívoco por parte del Sindicato en refutar e incoar las acciones legales respecto de la decisión del Ministerio del Trabajo de no convocar al Tribunal de Arbitramento (CSJ SL1983-2020).

Nótese que las últimas acciones desplegadas por parte de la organización sindical luego de terminada la etapa de arreglo directo – 22 de agosto de 2014 - se exteriorizaron con la interposición del recurso de reposición y apelación contra la Resolución n.° 00963 de 17 de marzo de 2015, los cuales fueron presentados el 8 de abril de 2015, así como la tutela fallada de manera desfavorable por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, el 20 de abril de 2015, confirmada por el H. Consejo de Estado el 9 de junio de 2015.

Por tal motivo, no puede entenderse que la conducta desplegada por Ecopetrol S.A. con la decisión de terminar el contrato de trabajo del actor el 4 de noviembre de 2015, tuviese por finalidad una conducta antinsindical orientadas a lesionar el derecho a la negociación colectiva.

En estos términos dejo sentado la aclaración de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0210-2021

Radicado N° 28 2017 00187 01

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante el cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

FREDY HUMBERTO APONTE GOMEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **TRANSPORTADORA COMERCIAL COLOMBIA – TCC S.A.S., TRANSPORTES Y REPARTOS URBANOS LIMITADA, LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR Y SOREL VIRGILIO CASTELLANOS LEON.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo con los demandados vigente entre el 20 de noviembre de 1999 y el 25 de enero de 2017, en consecuencia, se

condene a los demandados al pago de los salarios causados entre el 1° de septiembre de 2016 y el 25 de enero de 2017, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicio de los años 2014, 2015, 2016 y 2017, pide además que se condene al pago de la indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización por despido sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que prestó servicios de carácter laboral a favor de la Transportadora Comercial de Colombia – TCC mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de noviembre de 1999; que fue contratado para el cargo de conductor de tracto camión; que durante la ejecución del contrato el señor Sorel Virgilio Castellanos le ordenó que el valor del flete de cada viaje fuera consignado a la cuenta corriente del señor Luis Sorel Castellanos Salazar; que dentro de las funciones asignadas se encontraban las de carga y paqueteo; que laboraba de lunes a sábado en una jornada de doce horas diarias; que en los manifiestos de carga constaba expresamente que debía reportarse en cada puesto de control; que su salario correspondía a un básico más comisiones y el promedio mensual devengado era de $4.200.000; que no recibía de manera oportuna el pago de sus salarios y prestaciones y tuvo que requerir a su empleador en diversas ocasiones para obtener el pago de lo adeudado.

Afirma que trabajo al servicio de TCC hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en que dicha empresa le informó que no prestaría más servicios a su favor; que el 23 de diciembre de 2016, el demandado Luis Sorel Castellanos Salazar le pagó la suma de ocho millones de pesos como abono a los salarios y comisiones adeudadas; que continuó prestando servicios a favor de los demandados restantes, quienes no pagaron la totalidad de salarios y prestaciones causadas y adeudadas; que por tal razón, el 25 de enero de 2017, presentó renuncia motivada, la cual remitió vía correo certificado ante la

renuencia de los demandados a recibirla, que mediante título judicial consignado a ordenes del juzgado laboral se le consignó un dinero correspondiente a la liquidación de prestaciones, pero que la suma consignada es inferior a la que le corresponde.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

TRANSPORTES Y REPARTOS URBANOS LTDA. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones las de compensación, prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones demandadas (fls. 101 a 105).

TCC S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva y demanda carente de claridad e identificación de las partes (fls. 106 a 117).

SOREL VIRGILIO CASTELLANOS LEON. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones las de compensación, prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones demandadas (fls. 140 a 144).

LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, los pagos realizados al actor y la renuncia presentada por éste, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de compensación, prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones demandadas (fls. 145 a 148).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de agosto de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto y aportes al sistema de seguridad social en pensiones. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la empresa TRANSPORTES Y REPARTOS URBANOS LIMITADA y el señor FREDDY HUMBERTO APONTE GÓMEZ existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual estuvo vigente entre el 20 de noviembre de 1999 y el 30 de noviembre del año 2008. **SEGUNDO: DECLARAR** que entre el demandante y el señor LUIS SOREL CASTELLANOS existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el primero de abril del año 2008 y el 25 de enero del año 2017, todo conforme las consideraciones dadas en esta sentencia. **TERCERO: CONDENAR** al señor LUIS SOREL CASTELLANOS al pago de las siguientes sumas y conceptos: por salario la suma de $4.006.224; por cesantías $4.257.560; por intereses a las cesantías $798.378; la prima de servicios por $6.653.159; las vacaciones $3.222.560 y la indemnización por despido injusto $5.149.171 montos que deberán cancelarse de manera indexada por este proveído. **CUARTO: CONDENAR** al señor Luis Castellanos a realizar el trámite respectivo ante COLPENSIONES para qué efectúe el pago ajustando cada cotización al salario realmente devengado por el demandante y que corresponde en el periodo del primero de enero del 2014 al primero de enero el año 2017. **QUINTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción con relación al período comprendido entre el 20 de noviembre de 1999 y el 24 enero del año 2014 y no probados los demás medios exceptivos, conforme lo expuesto en antelación. **SEXTO: DECLARAR** que el señor Virgilio Castellanos es solidariamente responsable de las acreencias laborales a las que fue condenado el señor LUIS SOREL CASTELLANOS dentro del período referenciado en la parte considerativa de esta sentencia. **SÉPTIMO: ABSOLVER** al señor LUIS SOREL CASTELLANOS de las demás pretensiones incoadas en su contra. **OCTAVO: ABSOLVER** a la demanda TCC de cada*

una de las pretensiones de la demanda. ***NOVENO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a las demandadas TRANSPORTE Y REPARTO URBANO LTDA., LUIS CASTELLANOS y VIRGILIO CASTELLANOS señalándose como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una de éstas."*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si entre el demandante y la demandada TCC existió un contrato de trabajo; si entre el demandante y los restantes demandados existió una relación laboral o si éstos son deudores solidarios de las prestaciones que reclama el actor. Para resolver lo primero indicó que las pruebas del expediente no acreditan que entre el demandante y TCC hubiese existido una relación laboral, que lo realmente acreditado es que el actor conducía un vehículo de un tercero que eventualmente realizaba labores de carga para TCC. Agregó que el verdadero empleador del actor entre el año 1999 y el año 2008 fue la sociedad Transportes y Repartos Urbanos, pues ésta fue quien realizó los aportes a pensión del actor entre marzo de 2000 y marzo de 2008 y quien lo afilió y pagó cesantías durante este mismo lapso.

Sobre el lapso restante en que se reclama la existencia de una relación laboral con los demandados, precisó que entre abril de 2008 y enero de 2017 quien fungió como empleador del actor fue Luis Sorel Castellanos, pues éste fue quien pagó los aportes a pensión del actor durante este lapso y quien le realizaba pagos o abonos correspondientes al salario y prestaciones sociales. En ese sentido, condenó a Luis Sorel Castellanos al pago de los salarios y prestaciones correspondientes a los años 2014, 2015, 2016 y 2017. Definió además que Virgilio Castellanos es solidariamente responsable de las condenas impuestas, en cuanto está demostrada su condición de propietario del vehículo de carga que conducía el actor y para efectos de liquidar los salarios y prestaciones adeudadas liquidó el salario promedio correspondiente a cada año teniendo en cuenta las comisiones que el actor devengaba. Declaró probada la

excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 24 de enero de 2014.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso aduce que debe declararse la solidaridad con la sociedad TCC y con el dueño del vehículo que el actor conducía, en cuanto dicha figura opera respecto del dueño del vehículo y de la empresa a la cual se le presta el servicio de trasporte, que en este punto debe tenerse en cuenta además que en la certificación expedida por TCC en diciembre de 2016 consta que el actor prestaba servicios a esa sociedad a través de un vehículo que es propiedad de un tercero y también acredita que existió un contrato de trabajo con dicha empresa. Dice además, que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción respecto de las cesantías, pues éstas deben pagarse por la totalidad del tiempo de la relación laboral, esto es, desde el año 1999, que como la relación laboral desde el año 1999 fue solo una, las cesantías, el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y la indemnización por despido se deben liquidar por todo el tiempo laborado. Finalmente, señala que las condenas deben liquidarse con el salario realmente devengado por el actor que corresponde a la suma de $4.200.000[1].

---

[1] "*Me permito presentar recurso apelación de forma parcial por los siguientes argumentos de conformidad con la ley 15 de 1959 artículo 15 el artículo 36 del código sustantivo del trabajo nos indica que tanto el propietario del vehículo como la empresa para la cual se transporta en este caso para TCC son solidariamente responsables las obligaciones laborales que se tienen con el conductor en este caso reitero TCC expidió al demandante el 6 diciembre del 2016 no se la expidió en 1999, el 6 de diciembre por la directora de transportes ruta nacional la certificación donde dice que el demandante con cédula de ciudadanía tal presto servicios a la demandada TCC SAS como conductor de ruta nacional con vehículo de un tercero le prestaba servicio TCC y el vehículo era de un tercero y el tercero era el señor Luis Sorel Castellanos, desde el 20 de noviembre del 99 hasta el 31 de diciembre 2014 durante ese tiempo transportó mercancía a nivel nacional esta certificación en ningún momento fue tachado de falso ni desconocida su contenido simplemente se comentó que no era con la empresa el contrato pero ya manifestó claramente la solidaridad que se guarda entre el dueño del vehículo y la empresa para la cual se presta el servicio se prestaba el servicio para TCC demostrándose así el contrato realidad entre el demandante y TCC de acuerdo al artículo 24 del código sustantivo del trabajo que existió entre el demandante y TCC y el señor propietario del vehículo el señor Luis castellanos Salazar igualmente el señor Luis castellanos Salazar el 5 de diciembre del 2016 le certificó al demandante los servicios que le había prestado desde el 20 de*

El apoderado de la parte demandada solicita en su recurso que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente la declaratoria de solidaridad con la empresa Transporte y Reparto Urbano y con Virgilio Castellanos, pues no se dan los elementos de una relación laboral entre estas personas y el demandante, para definir la existencia de la solidaridad o de una relación laboral, dice además que la juez no tomó el salario devengado año a año de manera correcta, pues sumó algunos valores que se le daban al actor para cubrir los gastos de

---

noviembre de 1999 la misma fecha que tiene la certificación que les expidió TCC al demandante que le había prestado los servicios hasta la fecha actual cuando les pidió esa certificación el 5 de diciembre del 2016 con un salario de $4.200.000, 4.200.000 pesos era el salario que devengaba el demandante con un salario básico y las comisiones que recibía es un salario que los conductores de tractomula lo devengan porque trabajan de día y de noche el demandante así lo efectuaba y así devengaba ese salario tan grande tan importante que devengaba el demandante ante el incumplimiento de las obligaciones de la parte empleadora el demandante se vio obligado a presentarles el 25 enero del 2017 su carta de renuncia por despido indirecto carta de esta que tampoco fue tachado de falsa ni desconocida en su contenido como se muestra a lo largo del proceso si el demandante que prestar los servicios tanto a la empresa TCC como el señor demandado Luis castellanos Salazar como los han certificado estas dos personas demandadas por qué no se va a condenar al pago total de las cesantías cuando la relación laboral fue continua y está cesantías no pueden estar afectadas por el fenómeno de la prescripción porque no es de ley para otras pretensiones si es de ley pero las cesantías no es procedente la prescripción que están solicitando las partes demandadas de este proceso por lo tanto este es uno los principales argumentos del recurso de apelación igualmente para la indemnización por despido injusto el demandante demostró que trabajó de forma continua como lo están certificando las partes demandadas en el cual se dice en la carta de renuncia por despido indirecto entonces el demandante debe ser beneficiado por un pago total de sus cesantías de su de todas las pretensiones que no estén afectadas por el fenómeno de la prescripción y en especial el pago de los aportes a la seguridad social por todo el tiempo laborado es decir desde el 20 de noviembre de 1999 hasta el día que Él presentó su renuncia de forma indirecta a las demandadas en este proceso y bien observamos la certificación expedida por COLPENSIONES que el demandante no se le pagaron todos los aportes a su fondo de pensión y por lo tanto su pensión está afectada por ese no pago igualmente está demostrado qué y vos solidaridad también cuando hubo cambio de vehículo cuando fue vinculado laboralmente por la empresa de transporte y reporte y recursos urbanos porque es cierta esta relación que dicha empresa afilió al demandante al fondo de pensiones y le consignó las cesantías por un tiempo determinado igualmente se demostró que el demandante no se le pagaron todos los salarios que al demandante no se le pagaron todas las primas de servicio las vacaciones los intereses de las cesantías por lo tanto tiene derecho a su reliquidación conforme se ha pedido en la demanda igualmente el demandante devengaba ese salario de $4.200.000 por tanto las prestaciones debe ser liquidadas con ese salario pues es salario que se le reconoció por su empleador principal solidario qué es el señor Luis castellanos Salazar su hijo el señor Virgilio castellanos él también es responsable del pago de las acreencias laborales que reclama el demandante por el tiempo que se demostró que continúan laborando solidariamente con el señor Luis Castellanos Salazar y con la empresa transportes urbanos y el señor Virgilio castellano es hasta la fecha de terminación de las labores que realizó el demandante entonces en ese orden de ideas de acuerdo con el artículo 24 del código sustantivo del trabajo la ley 15 de 1990 y 59 artículo 15 y el artículo 36 del código sustantivo del trabajo la ley 50 de 1999 artículo 99 y el artículo 65 del código sustantivo del trabajo son los fundamentos de derecho que invocó para este recurso de este recurso de apelación que ser ampliado ante el honorable tribunal de Bogotá muchas gracias señora juez".

alojamiento, combustible y peajes, conceptos a los que no puede darse la connotación de salario. Agrega, que no puede tenerse en cuenta para definir el salario, la suma de $4.200.000 que consta en la certificación que se aportó al expediente, pues ésta fue expedida para hacer un favor al demandante, además porque no existen más pruebas que respalden el contenido de dicho documento y no resulta razonable que el actor como conductor de un vehículo de carga devengara tal suma de dinero, pues en ese orden no sería negocio el transporte de carga. Finalmente aduce que si existe alguna mora o suma de dinero pendiente de pago debe compensarse con el valor pagado al actor mediante título judicial[2].

---

[2] *"En primer lugar en cuanto al tema de la solidaridad del cuerpo de condenado al juzgado especialmente a la empresa de transportes urbanos y el señor Virgilio Castellanos incurre en una contradicción el juzgado en la sentencia al manifestar que hubo una relación laboral con la empresa de transportes urbanos hasta el 2008 y que posteriormente el 2008 en adelante fue el señor Luis castellanos pero sin embargo en las condenas solidariamente a la empresa de transportes urbanos no entiendo cuál es la razón para llegar a proferir una sentencia y una condena contra transportes urbanos porque su relación laboral terminó el del 2008 o sea cualquier derecho estaría prescrito y más está declarando que la relación laboral es con Luis Castellanos entonces no se entiende esa solidaridad ahí porque se originó aún menos con el señor Virgilio Castellanos quién ha dicho porque por ser propietario de un automotor debe responder solidariamente eso realmente no tiene ninguna cabida porque jamás serán los tres elementos de la relación laboral entre el señor demandante y el señor Virgilio castellanos realmente sorprendente que por una relación ya sea familiar o comercial entre el señor Luis castellanos el señor Virgilio castellanos el juzgado deduzca que por ser propietario del automotor debe responder por unas prestaciones de alguien con quien nunca tuvo una relación laboral entonces es el primer punto de la apelación de resto en cuanto al tema de la condena sobre las cesantías interés de cesantías vacaciones las primas de vacas primos de servicio los promedios salariales que terminó el juzgado el salario que se certificó la indemnización por despido sin justa causa y los aportes seguridad social también presento recurso de apelación porque eso se fundamentan principalmente en estos promedios que determinó el juzgado qué fundamentó su decisión en unas comisiones que realmente no son unos comisiones eran unos valores que se le daban al señor para que se pudiera transportar cómo eligen los alegatos de conclusión los pagos de gasolina de alojamiento de rodamiento de peajes no se no se le pueden tener a un conductor como salario le saldría lo comido por lo servido ahí realmente sorprendente que se tome estos temas para promedio salarial y pues los $4200000 por una certificación que el juzgado mismo determina que no comprometida TCC pero si sirve para condenar a mi representado realmente no encuentro la lógica de esa argumentación por qué abiertamente es un favor qué se le hizo el señor, se fundamentó en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia el juzgado también le permite manifestar que existen múltiples sentencias de la Corte Suprema en la cual dice que estás certificaciones tienen que tener algún otro tipo de respaldo porque muy bien puede llegar una persona de recursos humanos con membrete de una empresa sacar una certificación para hacer un favor y después venir a demandar con esa certificación entonces es absurdo pretender que un señor que conduce un camión se gane más de $4000000 en el año 2016 eso sale cualquier lógica y es más el fallo del juzgado trae una profunda contradicción en esto violando los principios del derecho laboral porque dice que el promedio para el 2016 es $4200000 y para el año 2017 le baja el salario a 900 eso no tiene ningún sentido y va en contra del derecho laboral porque sería una desmejora en la calidad de la relación laboral absurda en contra del trabajador es decir eso certificación si bien existe no tiene ningún respaldo probatorio de que el señor se ganará una suma de $4000000, las demás condenas de interés de cesantías las vacaciones primas de servicios y la indemnización pero la en distrito día no se ven se ve el juzgado en la obligación de realizar estas condenas*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada TCC solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que absolvió a dicha sociedad de todas las pretensiones de la demanda. La apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se modifique la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si la relación laboral que ató a las partes se ejecutó a través de un único contrato

---

por este salario de $4000000 es que tomar esa decisión además que va contra la lógica es la que conlleva a que existan estradas otras condenas y la indemnización por despido sin justa causa también se encuentra sin justificación tanto así que en diciembre del 2016 como acá se probó y fue respondido por la sentencia el señor Luis castellanos le hizo un pago directamente trabajador por $8000000 es decir estaba aceptando tanto el trabajador como el empleador que había una deuda y se estaba saltando en ese momento y ya que posteriormente el que dejó de trabajar repito fue el trabajador el que no le servía más esas condiciones y se retiró del servicio ya después de un mes fue que se asesoró y llegó con la carta de despido indirecto alegando con falta de inmediatez algunas razones que no fueron lógicas y el señor Luis castellanos como aquí lo determinó el juzgados corrió a hacer la conciliación y el pagó por consignación que corresponde al juzgado 30, en este orden de ideas pues también los pagos de seguridad social en la diferencia surge de sus promedios y de ese salario de 4 millones que determinó el juzgado que se ganaba el señor porque pues todas las cotizaciones se le hicieron al señor, en este orden de ideas es claro que sí llegó asistir algún error con los 8 millones y los 6 millones que se consignaron posteriormente se daría la compensación de cualquier Mora que hubiera existido pero bien te mente al considerar que el señor se ganará 4000000 y pico no hay compensación que valga pues el sueldo de como dijo acá el sueldo de congresista del apoderado del demandante, en este orden de ideas le solicitó al tribunal que tenga en cuenta estas razones que han sido expuestas que el señor no tienen las calidades ni el mercado a para que una persona que preste estos servicios se gane $4000000 y así se absuelva a las demandadas se retire o se revoque la decisión que existió solidaridad entre los demandados que si se llega a subsidiariamente a determinar que existió algún error por parte del señor Luis castellanos como empleador se termine que ya fueron compensados esos valores con los pagos que se hicieron de los 8 millones de los seis millones y pico porque evidentemente el señor no se ganaba $4000000 dejó así sustentado"

de trabajo y quién fungía como su empleador; en tal caso, establecer si se configura la responsabilidad solidaria de la demandada TCC y SOREL VIRGILIO CASTELLANOS, y si operó la excepción de prescripción respecto de las cesantías y establecer el valor del salario devengado por el actor.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** entre el demandante y LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR, existió un contrato de trabajo vigente entre el 20 de noviembre de 1999 y el 25 de enero de 2017 (así lo aceptó esta persona natural desde la contestación de la demanda, fls. 31, 145 y 146); ***ii)***; que el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de conductor (hecho aceptado por el demandado Luis Sorel Castellanos en la contestación de la demanda, fl. 31).

- **Sobre la Relación Laboral**

Para resolver la controversia que se plantea en el recurso interpuesto por la parte demandante, referida a que la relación laboral que existió entre el demandante y LUIS SOREL CASTELLANOS se ejecutó a través de un único contrato de trabajo vigente entre el 20 de noviembre de 1999 y el 25 de enero de 2017, pasa la Sala a exponer lo siguiente.

Al efecto, basta con remitirse al contenido de la contestación a la demanda presentada por la persona natural referida (fls. 145 y 146), de dicho texto se deduce con total claridad que LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR, aceptó expresamente que entre él y el demandante existió un contrato de trabajo vigente entre el 20 de noviembre de 1999 y el 25 de enero de 2017, hecho que también lo acredita la certificación expedida por dicha persona el 5 de diciembre de 2016 (fl. 31). Para la Sala de estas manifestaciones no queda duda de que quien fungió como empleador del actor fue LUIS SOREL

CASTELLANOS SALAZAR y que la relación laboral que existió entre el demandante y esta persona estuvo regida por un único contrato de trabajo.

En consecuencia de lo anterior, no resultaba procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 20 de noviembre de 1999 y el 30 de marzo de 2008 con la sociedad EMPRESA DE TRANSPORTE Y REPARTO URBANO LTDA., pues dentro de este expediente, las pruebas no acreditan que el actor hubiera prestado servicios personales remunerados a favor de esta sociedad, en los términos que define el artículo 23 del CST para dar así aplicación al artículo 24 del mismo cuerpo normativo. A juicio de la Sala, el solo hecho de que esta empresa le hubiese realizado los aportes a pensión al actor en el lapso referido (fl. 36), no constituye prueba irrefutable de la existencia de una relación laboral de la prestación del servicio, menos aun cuando dentro del mismo proceso, la persona natural demandada LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR aceptó de forma expresa que durante este tiempo, el actor prestó servicios personales remunerados en su favor y es quien a su vez funge como representante legal de la sociedad referida (fls. 28 a 30).

Por lo anterior, la Sala revocará los numerales primero y segundo de la sentencia de primera de instancia para declarar que entre LUIS SOREL CASTELLANOS y el demandante existió un contrato de trabajo vigente entre el 20 de noviembre de 1999 y el 25 de enero de 2017.

Ahora bien, para referirse a la confusa solicitud que formula la apoderada de la parte demandante, en la cual no precisa de manera clara si lo que busca es que se declare a TCC S.A.S. solidariamente responsable de las condenas impuestas, o si busca que se declare la existencia de la relación laboral con esta sociedad, la Sala dirá, como se expuso en precedencia, que la existencia del contrato de trabajo

que se solicita en este proceso quedó plenamente acreditada respecto de la persona natural LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR.

Sobre este particular, es pertinente agregar que del testimonio rendido por LILIANA TOLOZA GAMBOA (CD. 2 audio 4 min. 07:13), quien manifestó haber trabajado como secretaria de la Gerencia Regional Bogotá y LLANURY DUQUE GOMEZ (CD. 2 audio 7), quien manifestó trabajar al servicio de TCC. Afirmaron de manera clara que el demandante FREDY HUMBERTO APONTE GOMEZ prestaba servicios personales en favor de LUIS SOREL CASTELLANOS como conductor de una tractomula, dijeron que el señor Luis Sorel era un proveedor de servicio de TCC y por esa razón el vehículo que conducía el actor transportaba carga de dicha empresa, también manifestaron que la remuneración del demandante la pagaba don Luis Sorel.

Sobre la certificación obrante a folio 32 del expediente y de la cual hace referencia específica la apoderada del demandante en el recurso, es oportuno señalar que la testigo LLANURY DUQUE GOMEZ, quien expidió dicho documento, precisó que el actor si prestó servicios a TCC a través de un vehículo de tercero, pero que ello no quería decir que hubiera existido una relación laboral entre la sociedad y el actor, pues la razón por la cual se prestaba el servicio estaba relacionada con que LUIS SOREL CASTELLANOS era un proveedor de servicio de TCC, luego éste se encargaba de proveer a la empresa un vehículo y conductor para que transportara la carga, que este servicio dependía de la demanda que tuviera TCC y que no siempre era el actor quien realizaba el servicio porque habían varios vehículos y conductores, agregó que la empresa le pagaba directamente a LUIS SOREL y él era quien le pagaba a sus empleados.

De las manifestaciones referidas, no deduce la Sala nada distinto a lo ya concluido, pues lo único que se obtiene con claridad es que el demandante prestaba servicios como conductor a LUIS SOREL CASTELLANOS y que éste a su vez era un proveedor de

servicio de TCC. En manera alguna, de las pruebas aportadas al expediente, podría concluirse en la prestación personal de servicios remunerados del actor a favor TCC, pues ninguna documental o testimonial da cuenta de ello.

Por otro lado, procedería estudiar la eventual condición de responsable solidario de la sociedad TCC, no obstante, al hacer una revisión de los confusos hechos y de las pretensiones de la demanda, no se advierte que la parte demandante hubiere expuesto razón alguna sobre el particular. Ninguno de los hechos o fundamentos de la demanda indican las razones por las cuales se considera que opera la solidaridad respecto de TCC, ni de ninguna de las demás personas naturales o jurídicas traídas a juicio, además de ello la juez de primera instancia al realizar la fijación del litigio (CD. 2, audio 1), tampoco refirió o dejo planteado el debate sobre este aspecto y por ello, la parte demandada no se pronunció sobre este puntual aspecto.

Por ello, no es procedente realizar pronunciamiento alguno sobre una eventual solidaridad y en ese orden de ideas tampoco procedía que la juez de primera instancia se ocupara de este punto y mucho menos que declarara y condenara como responsable solidario al demandado SOREL VIRGLIO CASTELLANOS, pues no le estaba permitido abordar un tema que no fue objeto del litigio y que además tampoco podía estudiar en uso de las facultades ultra y extra petitia, porque dentro del proceso no se discutió la eventual solidaridad de los demandados, lo que va en contra de lo dispuesto en el artículo 50 del CPT y de la SS. En consecuencia, se revocará el numeral SEXTO de la demanda que definió lo pertinente respecto de SOREL VIRGILIO CASTELLANOS.

- **Sobre el Salario Devengado**

En relación con la controversia sobre el valor del salario que correspondía al actor para los años 2014, 2015, 2016 y 2017, precisa la Sala que el artículo 127 CST establece que salario no es solo la

remuneración ordinaria del trabajador sino también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. Así las cosas, es salario todo pago, en dinero o especie, que tenga naturaleza retributiva del servicio personal prestado por el trabajador.

Teniendo en cuenta el citado concepto y al revisar las pruebas del expediente, el Tribunal no encuentra probado que el actor hubiere devengado en el año 2014 la suma mensual de $915.954 y en el año 2015 la suma mensual de $1.479.645, las pruebas del expediente indican valores inferiores a los definidos por la juez para estos años, y por ello reliquidará las condenas impuestas en primera instancia, precisando que efectuara la liquidación completa de las acreencias reconocidas en cuanto la sentencia del *a quo* solo refiere valores totales y no discriminados por año.

En efecto, la única prueba que acredita el valor del salario devengado por el actor en los años 2014 y 2015, corresponde a la historia laboral de las cotizaciones efectuadas a COLPENSIONES, donde consta que el salario base de cotización del actor para estas anualidades era de $877.000 (fl. 42) y por ello será el que la Sala tendrá en cuenta para efectuar la liquidación correspondiente.

Nada adicional se deduce sobre el valor del salario del actor y menos de las comisiones que éste afirma haber recibido durante los años 2014 y 2015, pues si bien a folios 52 a 58 obran manuscritos que hacen referencia a la liquidación de viajes, lo cierto es que la Sala no puede otorgarles valor probatorio en cuanto no se conoce su procedencia y de todas formas, de ellos no es posible establecer que los valores ahí señalados correspondieran al salario o comisiones del actor, tampoco puede establecerse nada sobre el

particular de los manifiestos de carga anexos a folios 59 a 72 del expediente, pues éstos no precisan en manera alguna el valor del salario del actor.

Previo a realizar las operaciones aritméticas del caso, advierte el Tribunal que para el año 2016 tendrá como salario el certificado por el demandado LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR en el documento que obra a folio 31, pues aun cuando dicha persona afirmó en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 2, audio 1. min. 34:46) que expidió dicha certificación para hacer un favor, al expediente no se aportó prueba adicional que desvirtuara lo allí señalado o indicara que el salario devengado por el actor para dicha anualidad correspondiera a un valor diferente. Respecto del salario correspondiente al año 2017, se tendrá en cuenta el definido por la Juez de primera instancia, que corresponde a la suma de $828.874 y coincide con la aceptada por el demandado en la contestación de la demanda, por esta razón tampoco se accede al argumento presentado por la apoderada del demandante, quien pretendía que el total de las condenas impuestas se liquidara con el salario certificado para el año 2016 que corresponde a la suma de $4.200.000.

Ahora bien, sobre el lapso a tener en cuenta para la liquidación, precisa la Sala que respecto de las vacaciones y primas de servicio, se tendrá en cuenta el mismo que la Juez definió para el efecto, luego de encontrar parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de estos conceptos y disponer que solo procedía el pago del periodo transcurrido entre el 24 de enero de 2014 y el 25 de enero del año 2017 (este puntual aspecto no fue objeto de recurso); y sobre las cesantías e intereses a las cesantías se liquidará el comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 25 de enero de 2017. Si bien, la demandada aduce en el recurso que procede el pago de las cesantías por todo el tiempo laborado, lo cierto es que el mismo demandante afirma en la demanda que el

periodo adeudado corresponde a los años 2014, 2015, 2015, 2016 y 2017, no obstante, se liquida desde el año 2015 porque el documento de folio 34 da cuenta que al actor se le consignaron las cesantías correspondientes a este año.

CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTIAS

CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS				
AÑO	DIAS	SALARIO	VALOR CESANTÍAS	VALOR INTERES A LAS CESANTIAS
2015	360	$ 877.000	$ 877.000	$ 105.240
2016	360	$4.200.000	$ 4.200.000	$ 504.000
2017	25	$ 828.874	$ 57.560	$ 480
		TOTAL	$ 5.134.560	$ 609.720

PRIMAS DE SERVICIO Y VACACIONES

PRIMAS DE SERVICIO Y VACACIONES				
AÑO	DIAS	SALARIO	VALOR PRIMA DE SERVICIOS	VALOR VACACIONES
2014	337	$ 877.000	$ 820.969	$ 410.484
2015	360	$ 877.000	$ 877.000	$ 438.500
2016	360	$ 4.200.000	$ 4.200.000	$ 2.100.000
2017	25	$ 828.874	$ 57.560	$ 28.780
		TOTAL	$ 5.955.529	$ 2.977.764

Precisa la Sala, que no reliquidará el valor de salarios adeudados por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 2016 y el 25 de enero de 2017, que tasó la juez de primera instancia en la suma total de $4.006.224, por cuanto éstos se liquidaron teniendo como salario base mensual la suma de $828.874, que corresponde a la que afirma el actor se le adeuda.

Sobre el reajuste de las cotizaciones a pensión por todo el tiempo laborado que reclama la apoderada de la parte demandante en el recurso, precisa la Sala, que al no acreditarse los mayores valores a los que se refiere la recurrente, solo procede el reajuste

correspondiente de las cotizaciones a pensión del año 2016, único año en el que se acreditó un salario superior. Por ello, se condenará al demandado LUIS SOREL CASTELLANOS a pagar a COLPENSIONES (entidad de pensiones a la cual se encuentra afiliado el actor) el ajuste correspondiente de las cotizaciones a pensión del año 2016, teniendo como salario base la duma de $4.200.000.

Definido lo anterior, resta por realizar la reliquidación del valor que corresponde a la indemnización por despido sin justa causa, que por lo estudiado en precedencia, debe liquidarse teniendo en cuenta que el actor laboró al servicio de LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR entre el 20 de noviembre de 1999 y el 25 de enero de 2017, es decir durante 17 años y 65 días, y que el último salario devengado corresponde a la suma de $828.874.

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 64 CST			
DURACION CONTRATO 17 años y 65 días	**DIAS DE INDEMNIZACIÓN**	**SALARIO DIARIO**	**TOTAL POR AÑO**
AÑO 1	30	$ 27.629	$828.874
AÑO 2	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 3	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 4	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 5	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 6	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 7	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 8	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 9	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 10	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 11	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 12	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 13	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 14	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 15	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 16	20	$ 27.629	$552.583
AÑO 17	20	$ 27.629	$552.583
FRACCION (65 días)	3,61	$ 27.629	$99.741
		TOTAL INDEMNIZACION	**$9.769.937**

Finalmente, para responder el argumento de apelación que plantea la parte demandada en el sentido de que se ordene la compensación de los valores que canceló al actor y que se encuentran debidamente acreditados en el expediente. La Sala adicionará en este aspecto la sentencia de primera instancia para declarar parcialmente probada la excepción de compensación, propuesta por el demandado LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR.

En efecto, al revisar las pruebas del expediente se advierte que LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR realizó al actor inicialmente un pago por la suma de $8.000.000 el día 23 de diciembre de 2016 (fl. 51), valor que éste aceptó haber recibido en el escrito de demanda y posteriormente mediante título de depósito judicial cobró la suma de $6.557.754 (fl. 149), valor que FREDY HUMBERTO APONTE GOMEZ aceptó haber cobrado y recibido cuando absolvió el interrogatorio de parte (CD. 2 audio 3). Por ello y dado que la juez omitió pronunciarse sobre este aspecto, se autorizará al demandado para que descuente de los valores adeudados al demandante la suma de total de $14.557.754 que corresponde al total de los abonos realizados.

En consecuencia de todo lo dicho y para dar mayor claridad a la decisión, se revocará la sentencia de primera instancia y se dictara la sentencia como corresponde.

Costas de primera instancia a cargo del demandado LUIS SOREL CASTELLANOS. Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre FREDY HUMBERTO APONTE GOMEZ y LUIS SOREL CASTELLANOS SALAZAR existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 20 de noviembre de 1999 y el 25 de enero de 2017.

TERCERO: CONDENAR a LUIS SOREL CASTELLANOS a pagar al demandante FREDY HUMBERTO APONTE GOMEZ las siguientes sumas de dinero: ***i)*** por concepto de salarios insolutos la suma de $4.006.224; ***ii)*** por concepto de cesantías la suma de $5.134.560; ***iii)*** por concepto de intereses a las cesantías la suma de $609.720; ***iv)*** por concepto de prima de servicios la suma de $5.955.929; ***v)*** por concepto de vacaciones la suma de $2.977.764; ***vi)*** por concepto de indemnización por despido injusto la suma de $9.769.937, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a LUIS SOREL CASTELLANOS a pagar a COLPENSIONES y en favor del demandante el reajuste de las cotizaciones a pensión correspondientes al año 2016, teniendo como salario la suma de $4.200.000, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de compensación y en consecuencia AUTORIZAR a LUIS SOREL CASTELLANOS a descontar del valor de las condenas impuestas la suma de $14.557.754, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: COSTAS de primera instancia a cargo del demandado LUIS SOREL CASTELLANOS. Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0195-2021
Radicado N° 33-2017-00552-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** contra la sentencia proferida el 08 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y absolvió de todas las pretensiones y ordenó continuar el pago de la pensión de sobrevivientes a **MARÍA CENELIA MUÑOZ DE SORIANO** y condenó en costas a la demandante (fl. 291, archivo "*005 - AUDIENCIA DE FALLO 2017 00552*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 12, 76 a 78).**

ANA ROSA BUITRAGO LARA solicitó declarar que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, en consecuencia, dejar sin efectos la Resolución GNR 138461 del 11 de mayo de 2016 y condenar a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de sobrevivientes en un 50%, retroactivo pensional, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que convivió de forma pacífica e ininterrumpida por más de 28 años con MIGUEL ÁNGEL SORIANO RUÍZ (q.e.p.d.) desde 1988 y hasta su fallecimiento en febrero de 2016, quien le procuró cariño, compañía y de quien era dependiente económicamente, Aseguró que su compañero permanente se pensionó con **COLPENSIONES**, por lo cual el 06 de mayo de 2016, presentó derecho de petición solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, solicitud que rechazó la entidad con la Resolución GNR 236042 del 11 de agosto de 2016, contra la cual interpuso recursos y la demandada emitió auto de pruebas APGNR 1220 del 20 de febrero de 2017 por el cual reconoció la unión marital, sin embargo, con la Resolución SUB 85492 de 2017 confirmó el acto administrativo recurrido alegando que no podía reconocer el derecho hasta que por orden judicial se revoque la Resolución GNR138461 del 11 de mayo de 2016 que reconoció la pensión de sobrevivientes a **MARÍA CENELIA MUÑOZ DE SORIANO** como cónyuge supérstite y mediante auto AASUB593 del 25 de julio de 2017, archivó la reclamación administrativa de la demandante.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 174 a 181).**

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que el causante era pensionado, que la demandante reclamó la pensión de sobrevivientes como compañera permanente y que negó dicha solicitud. Indicó que no le consta la unión marital de hecho alegada y aseguró que la cónyuge supérstite solicitó la pensión de sobrevivientes y por ello la Entidad publicó edicto emplazatorio conforme el artículo 33 del Decreto 758 de 1990, pero no se presentó ninguna reclamación, por tanto reconoció la prestación con la Resolución GNR 138461 del 11 de mayo de 2016, posteriormente la demandante solicitó la misma pensión y ante el conflicto de beneficiarios realizó la investigación administrativa 17680 y se comprobó que el causante mantuvo una convivencia simultanea con ambas reclamantes, tras lo cual mediante Resolución APGNR 1220 del 20 de febrero de 2017 solicitó a la cónyuge su consentimiento para

revocar el acto administrativo de reconocimiento conforme el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, pero no obtuvo respuesta y por ello no puede revocar el auto y corresponde a la autoridad judicial resolver la controversia entre las beneficiarias conforme el artículo 34 del Decreto 758 de 1990 y el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

- **INTERVENCIÓN EXCLUYENTE (FL. 87 a 106).**

Mediante auto del 07 de febrero de 2018, se ordenó la vinculación de **MARÍA CENELIA MUÑOZ DE SORIANO** como tercera *ad excludendum* (fl. 80). La interviniente excluyente solicitó declarar que es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en consecuencia, declarar nulo cualquier acto administrativo que considere a **ANA ROSA BUITRAGO LARA** como beneficiaria de dicha prestación, condenas ultra y extra *petita,* costas y agencias en derecho.

Como fundamentos facticos indicó que celebró matrimonio católico con MIGUEL ÁNGEL SORIANO RUÍZ (q.e.p.d.) el 04 de octubre de 1970, convivencia continua y pacifica hasta el fallecimiento del causante, sin existir nunca separación de cuerpos y procrearon a YEISON JAVIER SORIANO MUÑOZ, ALISON ADRIANA SORIANO MUÑOZ, EDWIN MARCEL SORIANO MUÑOZ y MIGUEL FELIPE SORIANO MUÑOZ, todos ya mayores de edad, reconociendo el causante cuando solicitó su pensión que los únicos beneficiaros eran su esposa y 4 hijos. Manifestó que sus hijos asumieron todas las gestiones y gastos del sepelio del causante, sin que se hubiere hecho presente **ANA ROSA BUITRAGO LARA**; posteriormente presentó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes y **COLPENSIONES** publicó los avisos, pero ninguna otra persona se acercó a reclamar; por ello, la Resolución GNR 138461 del 11 de mayo de 2016, la reconoció como única beneficiaria de la pensión, tras lo cual se presentó **ANA ROSA BUITRAGO LARA** alegando ser compañera permanente y el 21 de diciembre de 2016 la firma

CONSORCIO COSINTE presentó resultado de investigación en donde con medios superfluos reconoció a la presunta compañera como beneficiaria, los cuales no acreditan el tiempo mínimo de convivencia exigido por Ley.

- **CONTESTACIÓN INTERVENCIÓN EXCLUYENTE.**

ANA ROSA BUITRAGO LARA, se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al matrimonio, fallecimiento del causante y que era pensionado; que reclamó pensión y se realizó una investigación administrativa. Indicó que las pruebas que aportó en su demanda acreditan la unión marital de hecho y que cumple los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes; que no se enteró de la muerte de su compañero de inmediato porque no contestó su celular y las personas allegadas no sabían su paradero y luego de visitar las funerarias de la ciudad supo de su muerte y que la cónyuge de éste la odia a ella y al causante debido a su relación sentimental y su esposa solo estaba con él por la pensión y debido a la aflicción de la muerte de su compañero no se enteró de los avisos que hizo la Entidad. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho, falta de legitimación en la causa y la genérica (fl. 193 a 201, 242).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la unión marital de hecho de la demandante y el causante, que negó su solicitud de reconocimiento pensional. Indicó que la cónyuge supérstite del causante solicitó la pensión de sobrevivientes y por ello la Entidad publicó edicto emplazatorio conforme el artículo 33 del Decreto 758 de 1990, pero no se presentó ninguna reclamación, por tanto, reconoció la prestación con la Resolución GNR 138461 del 11 de mayo de 2016, posteriormente la demandante solicitó la misma pensión y ante el conflicto de beneficiarios realizó la investigación administrativa 17680 y se comprobó que el causante mantuvo una convivencia simultanea con ambas reclamantes, tras lo cual mediante Resolución APGNR 1220 del 20 de febrero de 2017, solicitó a la cónyuge su consentimiento para revocar el acto administrativo de reconocimiento conforme el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, pero

no obtuvo respuesta y por ello no puede revocar el auto y corresponde a la autoridad judicial resolver la controversia entre las beneficiarias conforme el artículo 34 del Decreto 758 de 1990 y el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica (fl. 202 a 218, 245 a 246).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 291, archivo "005 - AUDIENCIA DE FALLO 2017 00552").

El 08 de junio de 2020, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante ANA ROSA BUITRAGO LARA.* ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido incoadas por COLPENSIONES respecto de ANA ROSA BUITRAGO LARA.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES continuar cancelando a la señora MARÍA CENELIA MUÑOZ DE SORIANO la pensión de sobrevivientes que le fuera reconocida con ocasión del fallecimiento del señor MIGUEL ÁNGEL SORIANO, en la forma y los montos reconocidos en el respectivo acto administrativo.* ***CUARTO: COSTAS*** *de esta instancia a cargo de la parte demandante ANA ROSA BUITRAGO LARA. Se fijan como agenciasen derecho la suma de $400.000, los cuales quedan en favor de Colpensiones y $250.000 en favor de la interviniente MARÍA CENELIA MUÑOZ DE SORIANO. (...)"*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si le asiste derecho a la demandante a percibir algún porcentaje de la pensión de sobrevivientes que percibe la cónyuge supérstite y demás pretensiones elevadas en la demanda.

Para resolver indicó que en casos de convivencia simultanea entre el cónyuge y compañera supérstites del causante, siempre y cuando se acredite el término mínimo de convivencia, entendida según la H. CSJ como una comunidad de vida de amor, afecto, apoyo, solidaridad y acompañamiento en un proyecto de vida de pareja

estable, responsable y efectivo, definición que excluye los encuentros pasajeros, casuales y esporádicos y las relaciones prolongadas que no reúnan las condiciones para ser una comunidad de vida. Aseguró que las pruebas documentales de la investigación ante la Fiscalía General de la Nación acreditan que el causante vivía solo en su casa de San Isidro y no en las residencias de la demandante y de la cónyuge supérstite, advirtiendo que en dichas diligencias la demandante reconoció que el causante tenía una relación conyugal y no tenía su residencia permanente con ella y el material fotográfico aportado y recibos de pago no refieren a los últimos 5 años de vida del causante y el apoyo económico que señaló la actora no fue acreditado, por lo cual concluyó que si bien hubo una relación sentimental entre la demandante y el causante, éste último tuvo intención de formar un vínculo familiar permanente, ya que a pesar de que no vivía con su cónyuge no decidió vivir con ella y las conclusiones de la investigación administrativa carecen de especificidad y detalle, por lo cual absolvió de las pretensiones de la demandante. Frente la interviniente, indicó que ésta acreditó la unión conyugal y el apoyo económico del causante, quien pagó recibos con la dirección de la casa de la cónyuge en Mazuren, sin que haya prueba de que se disolvió la sociedad conyugal y como la cónyuge puede acreditar el periodo de convivencia en cualquier tiempo, al no prosperar las pretensiones de la demandante no queda opción distinta que confirmar su reconocimiento pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que las pruebas aportadas en sede administrativa y judicial acreditan que el causante sostuvo una convivencia simultánea con su cónyuge y compañera permanente y ello no se desvirtuó con que el causante no viviera con ellas, por cuanto sí tuvo un núcleo familiar con su compañera, bajo afecto, ayuda mutua, apoyo económico y moral y a pesar de que él causante fue muy cerrado con su vida íntima, los testimonios acreditan que si eran familia y su casa al sur estaba cerca a la de la demandante y ellos pernoctaban y vivían junto y el causante se relacionó con los nietos de

la promotora del litigio, por ende si hubo relación como familia[1] (01:19:05 archivo "*005 - AUDIENCIA DE FALLO 2017 00552*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Agotado el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones porque la investigación de la Administradora acreditó la convivencia entre el causante y la actora, junto con las demás pruebas que demuestran la convivencia y el Juez aplicó un razonamiento arcaico, involutivo y desconoció la jurisprudencia exigiendo la prueba imposible de situaciones intimas como el amor, intención de formar una familia, asistencia, solidaridad, apoyo y propósito de vida, por ende el fallo no se basó en criterios objetivos sino arcaicos e inmorales y se apoyó únicamente en las declaraciones extraprocesales de la esposa e hijo del causante desacreditando la figura de la compañera permanente en una sociedad polígama y machista y que maltrata la mujer, lo cual también hizo el fallo con la decisión involutiva de tratarla como una cosa sin sentimientos y afectos donde los planes en vida de pareja no son compatibles con ideas como compañera permanente y convivencia simultánea, lo cual refleja un sistema judicial en involución, además

[1] señor Juez, frente al fallo interpongo el recurso de apelación, teniendo en cuenta que los criterios subjetivos del Juez en su fallo en la valoración de las pruebas desconocen los lineamientos legales y jurisprudenciales sobre el caso, se pudo demostrar con todas las pruebas aportadas vía administrativa y en trámite judicial que la demandante si tuvo una convivencia simultánea con el demandado MIGUEL ÁNGEL SORIANO. El juez manifiesta sobre algunos criterios, cómo por ejemplo que el real domicilio del demandante no era ni en el norte, donde estaba con su esposa señora MARÍA CENELIA y que tampoco la demandada MARÍA CENELIA no demostró convivencia, lo cierto era que el causante tenía una convivencia simultánea entre su esposa y su compañera permanente. Además, señor Juez, se demostró que la señora ANA ROSA, demandante, si tenía un núcleo y si estableció un núcleo familiar de afecto, de ayuda mutua, apoyo económico y más eso apoyo moral, se pudo demostrar con los testigos, con sus declaraciones hechas en vía laboral y en la justicia penal, que ella los últimos días estuvo acompañada del señor demandante y que desconoció la fecha de su muerte porque el señor tenía su vida íntima muy cerrada, sin embargo, se demostró que sí existió una relación sentimental y de familia entre la demandante ANA ROSA BUITRAGO y el señor MIGUEL ÁNGEL SORIANO. Por el contrario, señor Juez, las pruebas no dan valor a que se haya desvirtuado que existió esa relación de unión marital de hecho, los testigos de la demandada ANA ROSA no fueron exactos con fechas establecidas, que determinaban que no se conocía cuál era la vida íntima y personal del señor SORIANO, además la casa que tenía el señor SORIANO relativamente cerca del sur, donde vivía la señora ANA ROSA, está claro que ellos pernoctaban en su casa, vivían en su casa, el señor tenía su vínculo de familia porque además tenía relación con los nietos de la señora ANA ROSA. Por tanto, señor Juez, en estos términos apelamos la sentencia fallada y respetuosamente solicitamos a los honorables magistrados revoquen la decisión y en su defecto se reconozcan las súplicas y pretensiones de la demanda, gracias.

la promotora del litigio tiene más de 50 años y está desamparada luego de convivir más de 30 años con el causante.

Por su parte, el apoderado de la **TERCERA *AD EXCLUDENDUM*** solicitó confirmar el fallo, por cuanto la compañera permanente solo puede acceder a la pensión de sobrevivientes si acredita 5 años de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante y las pruebas practicadas acredita que la relación sentimental entre el causante y la demandante principal no progreso a una unidad familiar y convivencia en los términos exigidos jurisprudencialmente. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder al Dr. Iván Darío Blanco Rojas identificado con C.C. 80.221.256 y T.P. 205.113 del CSJ, A quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo por cuanto es conforme a derecho toda vez que la demandante no acreditó las condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes como compañera permanente supérstite y porque dicha prestación ya se reconoció a la persona con mejor derecho.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos señalados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su presunto compañero permanente o si por el contrario la cónyuge supérstite es la única beneficiaria de dicha prestación, a fin de establecer la procedencia de acceder a las pretensiones de la demanda principal, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** el causante MIGUEL ÁNGEL SORIANO RUÍZ (q.e.p.d.) y la interviniente excluyente **MARÍA CENELIA MUÑOZ DE SORIANO** celebraron matrimonio católico el 04 de octubre de 1970 (fl. 107); ***ii)*** Mediante Resolución 3454 del 03 de noviembre de 1995, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ – ESP reconoció pensión de jubilación al causante a partir del 16 de junio de 1995 y en cuantía inicial de $1.857.141,65 (archivo "00012215000000019163778001401A" cd fl. 272) y mediante Resolución 101832 del 13 de febrero de 2012 el extinto ISS hoy **COLPENSIONES** reconoció pensión legal de vejez compartible al causante a partir del 20 de mayo de 2011 en cuantía inicial de $6.738.379 (archivo "00012215000000019163778004801A" cd fl. 272); ***iii)*** el causante falleció el 20 de febrero de 2016 (fl. 112); ***iv)*** mediante Resolución GNR 138461 del 11 de mayo de 2016 **COLPENSIONES** reconoció la pensión de sobrevivientes a la interviniente excluyente en su calidad de cónyuge supérstite (fl. 108 a 111); ***v)*** mediante Resolución No. 236042 del 11 de agosto de 2016, **COLPENSIONES** negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** como presunta compañera permanente del causante, quien interpuso recurso de reposición y esto conllevó a que la Administradora requiriera informe técnico de investigación, el cual se rindió el 21 de diciembre de 2016 por CONSORCIO COSINTE, quien concluyó que la demandante y la interviniente excluyente acreditaron convivencia con el causante (fl. 29 a 45) y por ello **COLPENSIONES** profirió la Resolución APGNR 1220 del 20 de febrero de 2017, requiriendo a la interviniente excluyente aportar su autorización para revocar el acto administrativo de reconocimiento pensional (archivo GCE-AUT-AP-2016_13766216-20170222044503 cd fl. 272), quien no dio autorización para ello mediante radicado 2017_2634973, motivo por el cual se expidió la Resolución DIR 9014 del 23 de junio de 2014 por la cual **COLPENSIONES** indicó que ante la imposibilidad de revocar el acto administrativo de reconocimiento y señaló que la demandante

debe aportar sentencia judicial que ordene el reconocimiento a su favor (archivo "*GEN-ANE-CM-2017_8933597-20170830030835*" cd fl. 272).

- **Sobre la Pensión de Sobreviviente a Favor de la Cónyuge y Compañera Permanente Supérstites en Vigencia de la Ley 797 de 2003.**

La Ley 797 de 2003, modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y consagró como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Dicha norma consagra a la cónyuge y compañera permanente supérstite como beneficiarias de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de 5 años y la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ sostiene pacíficamente que la cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que la compañera permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, entre otras.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ la define como la comunidad formada por la relación afectiva y sentimental de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, la cual debe acreditarse de forma ininterrumpida por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, entre otras, advirtiendo la Corte que hay convivencia cuando no se comparte el mismo techo por situaciones particulares y transitorias, ya que ello permite inferir que las partes no desean acabar la relación, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021.

En la sentencia SL5141 de 2019, la H. CSJ indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia adopte

la unión de una pareja, por cuanto la pensión de sobrevivientes ampara la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleje un proyecto de vida de pareja estable; de otra parte, en la sentencia SL1706 de 2021, reiteró la H. CSJ que la convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, por cuanto no es solo compartir los recursos que se tienen sino un ánimo serio y permanente de conformar una familia, el reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y el conservar lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad en el tiempo.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y absolvió de todas las pretensiones y ordenó continuar el pago de la pensión de sobrevivientes a la tercera excluyente y condenó en costas a la demandante.

La demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo y acceder a sus pretensiones. Indicó que las pruebas aportadas en sede administrativa y judicial acreditan que el causante sostuvo una convivencia simultánea con su cónyuge y compañera permanente pese no vivir con ellas y con ésta última mantuvo un grupo familiar con afecto, ayuda mutua, apoyo económico y moral, siendo familia, viviendo cerca y pernoctando juntos y relacionándose con sus nietos.

Sea lo primero señalar que el apoderado de la **DEMANDANTE** presentó en sus alegatos reproches que nunca expuso en su apelación, en el cual nunca mencionó la imposibilidad de probar situaciones intimas, la ausencia de criterios objetivos del Juez o el desamparo de su poderdante, por tanto, la Sala no valorará dichos argumentos porque el principio de consonancia, consagrado en el artículo 66A CPTSS, limita la competencia del tribunal a las materias objeto del recurso de apelación.

De otra parte, el apoderado de la **DEMANDANTE** en sus alegatos calificó de arcaico, involutivo, inmoral y maltratador el razonamiento del *a quo* y por ello la Sala le recuerda a dicho abogado su deber de guardar el debido respeto al Juez (numeral 4 artículo 78 CGP) y de observar mesura y respeto en sus relaciones con los servidores públicos (numeral 7 artículo 28 de la Ley 1123 de 2007), ya que faltar el respeto a la administración de justicia puede configurar falta disciplinaria (artículo 32 Ley 1123 de 2007), en consecuencia, se le invita a que en próximas oportunidades exponga su posición sin usar dichos calificativos, los cuales nada aportan al ejercicio profesional del derecho.

Pasa la Sala a resolver la apelación, siendo relevante considerar que la H. CSJ ha sostenido pacíficamente que la normatividad que rige la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento del causante, conforme las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL3526 de 2019, SL184 de 2021, entre otras.

En el presente asunto el causante MIGUEL ÁNGEL SORIANO RUÍZ (q.e.p.d.) falleció el 20 de febrero de 2016 (fl. 112), por tanto, la normatividad aplicable es la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y consagró como beneficiarios a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece por riesgo común, tal y como ocurrió en el presente asunto.

La precitada normatividad consagra que la cónyuge y compañera permanente supérstite son beneficiarias vitalicias de la pensión de sobrevivientes si al momento del fallecimiento del causante tienen 30 o más años de edad o si a pesar de no tener dicha edad procrearon un hijo con el causante, siempre y cuando acrediten una convivencia con éste de 5 años, lapso que conforme la H. CSJ la cónyuge puede acreditar en cualquier tiempo si el vínculo conyugal se mantuvo vigente, mientras que la compañera permanente debe acreditar dicho lapso en los años inmediatamente anteriores al deceso, tal y como se

indicó en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, entre otras.

Pasa la Sala a verificar si la demandante, quien alega ser la compañera permanente supérstites del causante, cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

La demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** aportó copia del informe técnico de investigación del 21 de diciembre de 2016 del CONSORCIO COSINTE, el cual concluyó que ella como compañera permanente, como a la cónyuge supérstite, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes por acreditar el tiempo mínimo de convivencia con el causante.

Dicho informe indicó puntualmente respecto la demandante que si bien no concibió hijos con el causante, él se quedaba con ella 3 o 4 días desde 1987 y la hija de la demandante, vecinos y conocidos los identificaron como pareja (fl. 29 a 45).

Adicionalmente, la demandante aportó fotografías con el causante (fl. 66 a 70), recibos y facturas (fl. 58 a 65), declaraciones extrajuicio rendidas ante notario público (fl. 54 a 57) y solicitó practicar testimonio a JOSÉ BENJAMÍN ROJAS HERRERA, MARÍA CRISTINA GALLEGO LÓPEZ y DORA INÉS BELTRÁN DE BUITRAGO a solicitud de dicha parte.

Conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ expuesta en los antecedentes normativos, la convivencia es la comunidad que se forma por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, la cual se refleja en un proyecto de vida de pareja estable, real y material que implica acompañamiento espiritual, apoyo económico y vida en común permanentes, ya que no es solo compartir recursos sino también el ánimo serio y permanente de conformar una familia, el reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la conservación de lazos afectivos, económicos,

espirituales y de solidaridad en el tiempo, tal y como ha indicado la Alta Corte en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, entre otras.

La demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** no acredita una relación con el causante que cumpla los anteriores presupuestos. En primer lugar, los recibos y facturas que allegó son de transacciones efectuadas en 1988, 1989, 1990, 1991 y 1994 (fl. 58 a 65), muchos de los cuales ni siquiera mencionan o refieren a la demandante y, en todo caso, dichos documentos por sí solos no demuestran una comunidad de vida ni el ánimo serio de conformar una familia entre el causante y la promotora del litigio considerando que el documento más reciente data de 22 años antes del fallecimiento de MIGUEL ÁNGEL SORIANO RUÍZ (q.e.p.d.).

Igual sucede con las fotografías aportadas, las cuales no indican la fecha en que fueron realizadas (fl. 66 a 70), salvo la fotografía visible a folio 66 que menciona el año 2014, por tanto, dichos documentos si bien permiten inferir una relación sentimental entre la demandante y el causante, no demuestran que la misma cumpla los requisitos para ser considerada como una convivencia real, efectiva y estable, por cuanto 10 fotografías no permiten inferir un acompañamiento permanente y vida en común y, en todo caso, no hay ninguna prueba de que las fotografías correspondan al periodo de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante.

De otra parte, en el presente proceso se acreditó la muerte violenta del causante, hecho que indicó tanto por la demandante como por la interviniente excluyente en sus interrogatorios y que fue confirmado con las pruebas documentales de la investigación que por tal hecho adelanta la Fiscalía General de la Nación.

La demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** aseguró que él causante no tuvo su celular encendido y por eso llamó a la casa de la cónyuge supérstite para que lo buscaran y que pasaron 10 días antes

de enterarse de la muerte de causante por el periódico (37:03 cd fl. 269), dicho que coincide con su entrevista ante policía judicial del 11 de febrero de 2019 (fl. 287 a 288), lo cual llama la atención de la Sala ya que a pesar de que la demandante asegura que mantuvo un núcleo familiar con el causante, no demuestra que denunció su desaparición a pesar de que la misma duró 10 días y tampoco acredita gestiones más allá de haber llamado a la casa de la tercera excluyente.

De otra parte, en la entrevista con policía judicial de YEISON JAVIER SORIANO MUÑOZ, hijo del causante y de su cónyuge supérstite, dicha persona identificó como lugar de residencia del causante el inmueble ubicado en la calle 32 sur No. 7A-26 de Bogotá e incluso señaló que esa fue la dirección donde intentaron comunicarse con él y que inclusive le dejaron una nota de la puerta (fl. 286), circunstancia relevante porque desestima el dicho del testigo JOSÉ BENJAMÍN ROJAS HERRERA de que la residencia del causante era la carrera 5A 1-20, inclusive, la declaración espontanea del hijo del causante desvirtúa la afirmación de su propia madre de que el causante vivía con ella en el barrio Mazuren, ya que indica que el causante vivía solo en el barrio San Isidro.

A su vez, las testigos MARÍA CRISTINA GALLEGO LÓPEZ y DORA INÉS BELTRÁN DE BUITRAGO informaron sobre la supuesta convivencia del causante y la demandante en el barrio El Guavio de Bogotá (01:16:45 y 01:34:39 cd fl. 269), sin embargo, la primera testigo indicó que observó la pareja mientras el causante trabajó en teléfonos y que la última vez que lo vio en eso fue en el año 2000 (01:21:08 y 01:24:38 cd fl. 269), mientras que la segunda deponente indicó que la última vez que vio al causante fue hace 5 o 6 años (01:39:01 cd fl. 269) y que la última vez que vio a la pareja hacer mercado fue hace 10 años (01:43:17 cd fl. 269), por tanto, se concluye que esos testimonios no acreditan una convivencia efectiva entre la demandante y el causante en los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

Finalmente, el expediente administrativo del causante acredita que la mesada de su pensión de vejez al momento de su fallecimiento era de $8.078.569 (fl. 108 a 111), pese lo cual la demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** manifestó que es vendedora ambulante (45:30 cd fl. 269), lo que sumado al hecho de que la factura más reciente del presunto apoyo del causante es del año 1994 permite concluir que no se demostró el presunto apoyo económico y ayuda mutua alegado por la demandante.

Conforme los anteriores medios de prueba, la Sala concluye que en el presente asunto no se acredita la convivencia entre la demandante **ANA ROSA BUITRAGO LARA** y el causante MIGUEL ÁNGEL SORIANO RUÍZ (q.e.p.d.) en los cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, por tanto, no hay mérito para revocar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0198-2021

Radicado N° 35 2017 00290 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, indemnización moratoria y cálculo actuarial.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GLORIA PATRICIA GONZALEZ MARTINEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **GRUPO SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN** como sociedad controlante de la **INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP, CAFESALUD EPS. Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo con SALUDCOOP vigente entre el vigente entre el 16 de febrero de 2000 y el 11 de abril de 2016; que se declare la responsabilidad solidaria jurídica y económica entre el GRUPO SALUDCOOP y la Institución Auxiliar del Cooperativismo

GPP. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indexación, intereses de mora corrientes y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 16 de febrero de 2000 celebró contrato de trabajo a término indefinido con la demandada SALUDCOOP EPS para desempeñar de cargo de auxiliar de odontología; que el día 10 de octubre de 2003, se constituyó la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP; que mediante comunicación verbal la demandada SALUDCOOP le informó de la sustitución de su contrato a dicha Cooperativa a partir del 1° de noviembre de 2003; que durante la ejecución del contrato y dado el diagnóstico médico de una enfermedad de origen común le fue asignado el cargo de auxiliar administrativo.

Informa que mediante Resolución N° 0801 del 11 de mayo de 2011, la superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión de bienes y haberes de SALUDCOOP por el término de dos meses; que mediante Resolución N° 002414 del 24 de noviembre de 2015, la superintendencia Nacional de Salud ordenó la intervención y liquidación de la demandada SALUDCOOP; que mediante escrito presentado ante la Institución Auxiliar para el Cooperativismo el 22 de diciembre de 2015, solicitó el pago de los salarios dejados de percibir desde el 30 de noviembre de 2015; que con posterioridad en diversas ocasiones solicitó el pago de sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión; que mediante oficio interno del 18 de marzo de 2016, se ordenó impedir el acceso de los trabajadores a sus puestos de trabajo; que además de solicitar el pago de sus acreencias a SALUDCOOP también presentó escritos en ese sentido ante CAFESALUD y la Superintendencia de Salud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la intervención de SALUDCOOP y frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Supersalud, inexistencia de subrogación de pasivos por parte de la Supersalud, excepción presupuestal para asumir obligaciones dada la autonomía de la Supersalud, inexistencia de responsabilidad e inexistencia de solidaridad (Pdf. fls. 146 a 171).

CAFESALUD EPS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad, mala fe y buena fe (Pdf. 1 fls. 190 a 224).

La INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP. Compareció a través de curador *ad litem*, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. No propuso como excepciones (Pdf. 1 fls. 474 a 478).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de septiembre de 2020, condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, indemnización moratoria y cálculo actuarial. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: CONDENAR** a la INSTITUCIÓN PARA EL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a pagar a favor de GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ MARTÍNEZ las siguientes sumas de dinero: 1) por cesantías la suma de $244.224 2) Por concepto de interés a las cesantías $29.307. 3) por prima de servicios $244.224. 4) por vacaciones $507.792. **SEGUNDO: SE CONDENA** a la INSTITUCIÓN PARA EL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP a pagar a la indemnización moratoria correspondiente a la relación laboral, esto es un día de salario correspondiente a la suma de $29.017 diarios por cada día de demora desde el 12 de abril de 2016 y hasta cuando se acredite el pago de la prestación, a partir del mes 25 de la deuda se deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de asignación que certifique la Superfinanciera. **TERCERO: SE CONDENA** a la INSTITUCIÓN PARA EL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP a reconocer y pagar el cálculo actuarial correspondiente ante el fondo de pensiones al que se encuentra afiliada la demandante, con base en un salario de $870.500 que equivale por el período correspondiente al periodo laborado del 01 de enero de 2015 al 11 de abril de 2016, con lo cual dichos tiempos quedarán computados para el reconocimiento de una eventual pensión. **CUARTO: SE CONDENA** en costas a la demandada, por lo tanto por Secretaría se liquidarán las costas incluyéndose como agencias en derecho a su cargo la suma de $1.000.000 a la institución para el cooperativismo GPP SALUDCOOP. **QUINTO: ABSOLVER** a la INSTITUCIÓN PARA EL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP de las demás pretensiones reclamadas en su contra por la parte actora. **SEXTO: ABSOLVER** a CAFESALUD y a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD de las pretensiones reclamadas por la demandante"*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la condena al pago de las acreencias que se reclaman. Para resolverlo indicó que no existe duda sobre la existencia de la relación laboral que se ejecutó entre las partes y que ante la falta de prueba del pago de los derechos laborales que se reclaman procede

condenar al empleador de la demandante a pagar las sumas de dinero correspondientes.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la demandada Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que no es procedente imponer condena a su representada sobre el pago de las acreencias que reclama la actora en cuanto éstas ya se encuentran incluidas dentro del proceso liquidatorio y no es posible incluir nuevos valores a dicho proceso. Dice, además, que el juez de primera instancia no analizó la conducta de su representada para imponer la condena al pago de la indemnización moratoria, pues omitió evaluar que la entidad entró en proceso de liquidación forzosa y la cesación de pagos se dio por razones ajenas a su voluntad. Finalmente, pide que se revoque la condena al pago del cálculo actuarial, pues éste solo procede en casos en que existe omisión de afiliación al sistema y en el caso bajo estudio ello no se da, en cuanto la demandante fue afiliado y solo se adeuda el pago de algunos aportes, por lo que solo procedería el pago de las cotizaciones con el interés correspondiente[1].

---

[1] *"Señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra, de la parte resolutiva del fallo, numerales primero, tercero y cuarto, en el sentido que no se debió haber realizado condena alguna, habida cuenta de que los valores que se condenaron al pago ya se tienen en cuenta dentro del proceso de liquidación y no se puede llegar a realizar nuevos valores dentro de dicho proceso. Asi mismo respecto a la indemnización moratoria, me permito manifestar que no fue analizada la buena o mala fe por la cual actuó mi representada en el sentido de que al estar en un proceso de liquidación forzosa y estando atado a un tema legal que no podía realizar ningún tipo de pagos, mal podría haber sido condenada por la indemnización por falta de pago teniendo en cuenta que es que no fuera de su voluntad pagar o no puesto, que no le correspondía a la INSTITUCIÓN AFILIADA PARA EL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP. Así mismo me permito pues interponer recurso de apelación respecto al numeral tercero en el cual se condenó al cálculo actuarial, habida cuenta de que las administradoras en pensión solamente se pueden llegar a condenar respecto a un cálculo actuarial cuando ha habido una omisión en la afiliación y no directamente cuando ha habido una mora en el pago, en tal sentido pues se recuerda que de acuerdo a lo que se puede evidenciar en el expediente, en el año 2015 se realizó el pago completo de todos los aportes y únicamente se estaría adeudando por el periodo correspondiente al 1 de enero de 2016 al 11 de abril de 2016, y en cuyo caso los aportes máximo deberían haber sido condenados al ser realizados con el pago de los intereses moratorios. Finalmente me permito manifestar que solicitó al Honorable tribunal superior de distrito judicial de Bogotá Sala Laboral, se sirva para revisar y admitir este recurso de*

Por su parte el apoderado de la parte demandante pide en el recurso que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, en cuanto se acreditó que la relación laboral finalizó porque la demandada impidió el ingreso de sus trabajadores a su lugar de trabajo[2]

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada CAFESALUD solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte el apoderado de la demandante, solicita que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa y se confirme en lo demás la sentencia de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si es procedente la condena al pago de las prestaciones reclamadas por el estado de liquidación de la demandada, si resulta viable la condena al pago de la indemnización moratoria y si se ajusta a derecho la decisión que condenó al pago del cálculo actuarial.

---

apelación, y de acuerdo con el Decreto 806, ampliaré los argumentos que han sido brevemente expresos en esta intervención, muchas gracias.

[2] *"Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación en lo concerniente a la no condena establecida por su despacho en cuanto al pago de la indemnización por despido sin justa causa, toda vez que la señora en mi poderdante trabajo 16 años con la entidad y ahí fue la entidad condenada la que le impidió el ingreso o el desarrollo de sus labores, teniendo en cuenta que no mediaba ninguna renuncia o ninguna comunicación específica para la terminación de la relación laboral, este recurso se sustentará con mayor amplitud de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 del 2020 en su numeral artículo 15, numeral primero. Muchas gracias su señoría".*

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia que: ***i)*** entre la demandante y la INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 16 de febrero de 2000 hasta el 12 de abril de 2016 (hecho definido por el juez de primera instancia y que no fue objeto de recurso, Pdf. 1 fls. 49 y 111); ***ii)*** que la demandante ocupaba el cargo de Auxiliar de Odontología y devengaba la suma mensual de $870.500 (Pdf. 1 fl. 49).

- **Sobre las Acreencias Laborales Reconocidas en Primera Instancia.**

Aduce el apoderado de la demandada INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVSMO que no es procedente la condena al pago de las prestaciones reconocidas por el juez de primera instancia, por cuanto éstos valores están reconocidos dentro del proceso liquidatorio de la entidad y no es posible incluir nuevos valores a dicho trámite.

Para resolver lo pertinente, basta precisar que de conformidad con el artículo 14 del CST los derechos laborales son de carácter irrenunciable, luego el estado de liquidación de la demandada y los trámites administrativos que regulan los procesos de liquidación en cuanto al registro y la graduación de créditos, no resultan determinantes para la declaratoria de la existencia de un derecho laboral y la consecuente condena al reconocimiento y pago de éstos. Además de lo anterior, resulta oportuno precisar, que ninguna de las pruebas del expediente acredita que la demandada hubiere incluido dentro su pasivo las acreencias laborales de la actora y mucho menos que hubiere realizado pago alguno de estos valores, razón por la cual no hay lugar a revocar las condenas impuestas en primera instancia por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.

- **Sobre la Indemnización por Despido Sin Justa Causa.**

Para resolver este aspecto de la controversia que plantea la parte demandante, precisa la Sala que de acuerdo a la distribución de la carga de la prueba, le corresponde al demandante acreditar el rompimiento del vínculo por parte del empleador, para que se traslade dicha carga a éste último y acredite la ocurrencia de los hechos en los cuales fundó su determinación, para así exonerarse del pago de la indemnización por despido injusto. (CSJ, Sala Laboral, sentencia radicación 29213 del 14 de agosto de 2007 y SL1680-2019).

En el caso bajo estudio, la demandante no acreditó el hecho del despido, pues ninguna de las pruebas aportadas al expediente acredita que la demandada hubiere comunicado a la actora sobre la finalización de vínculo laboral, si bien la demandante aduce en el recurso que ello se dio porque la Institución Auxiliar del Cooperativismo les impidió el ingreso al lugar de trabajo, lo cierto es que ningún documento o prueba del proceso, acredita que ello hubiera ocurrido. Por esta razón no hay lugar a dictar condena por este concepto.

- **Sobre los Aportes a Pensión**

Para resolver sobre este punto, basta advertir que no es procedente el pago del cálculo actuarial ordenado en primera instancia, pues según lo dispone el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cálculo actuarial solo procede en casos en que existe una omisión de afiliación al sistema de pensiones y en el caso bajo estudio, la demandante solo solicita el reconocimiento de los aportes causados en los años 2015 y 2016 (Pdf. 1 fl. 13), hecho del cual se deduce que no hubo omisión de afiliación en cuanto la relación laboral estaba vigente desde el año 2000. Por ello, se revocará en este punto la sentencia de primera instancia para definir que la demandada Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP

SALUDCOOP deberá realizar el pago de las cotizaciones a pensión causadas entre diciembre de 2015 y abril de 2016 en la forma que define el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada la demandante, pues las pruebas del expediente no acreditan la realización de aportes a pensión en este lapso.

- **Sobre la Indemnización Moratoria.**

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha dicho que la aplicación de esta sanción no es automática y que para el efecto el empleador puede demostrar la existencia de razones serias y objetivas que justifiquen la omisión en el pago de las prestaciones debidas a sus trabajadores a la fecha de terminación del contrato. Esa alta Corporación ha dicho que en aquellos casos en que la sociedad demandada entra en proceso de liquidación o reorganización, el pago de esta indemnización corre únicamente hasta la fecha en que inicia dicho proceso, pues a partir de este momento no se puede deducir mala fe en cuanto la razón de la omisión no es la intención de desconocer o defraudar los intereses de los trabajadores. (Sentencia SL2833-2017, SL1186-2019).

Así las cosas, una vez revisado el expediente no encuentra la Sala dentro del expediente prueba alguna que acredite la fecha en que inició el proceso de liquidación de la demandada Institución Auxiliar para el Cooperativismo. Precisa la Sala que las únicas pruebas que se aportaron sobre el particular al proceso, solo acreditan el estado de liquidación de la SALUDCOOP Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo, sociedad diferente a la que se definió como

responsable del pago de las acreencias de la demandante, por ello y al no estar acreditado dentro de este expediente el estado de liquidación de esta entidad se confirmará la decisión de primera instancia que dictó condena por este concepto sin considerar los aspectos que se aducen en el recurso

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: CONDENAR a la demandada INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP a pagar al fondo de pensiones que se encuentre afiliada la demandante el valor de las cotizaciones a pensión causadas entre diciembre de 2015 y abril de 2016, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada sobre voto parcial

HERNAN MAURICIO OLIVERSO MOTTA
Magistrado

35-2017-00290-01

CON FUNDAMENTO EN LAS INSCRIPCIONES EFECTUADAS EN EL REGISTRO DE ENTIDADES DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA, LA CÁMARA DE COMERCIO CERTIFICA:

NOMBRE, IDENTIFICACIÓN Y DOMICILIO

Razón social: INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP LA CUAL SE IDENTIFICA TAMBIEN CON LA SIGLA GPP SALUDCOOP -
Sigla: GPP SALUDCOOP
Nit: 830.129.689-0 Administración : Direccion Seccional De Impuestos De Bogota, Regimen Comun
Domicilio principal: Bogotá D.C.

INSCRIPCIÓN

Inscripción No. S0021050 cancelada

CONSTITUCIÓN

Por Acta del 10 de octubre de 2003 de Asamblea de Asociados, inscrito en esta Cámara de Comercio el 23 de octubre de 2003, con el No. 00065860 del Libro I de las entidades sin ánimo de lucro, se constituyó la persona jurídica de naturaleza Cooperativa denominada INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP BOGOTA LA CUAL SE IDENTIFICA TAMBIEN CON LA SIGLA GPP SALUDCOOP BOGOTA.

REFORMAS ESPECIALES

Por Acta No. del 30 de marzo de 2009 de Asamblea General, inscrito en esta Cámara de Comercio el 20 de abril de 2009, con el No. 00152310 del Libro I de las entidades sin ánimo de lucro, la entidad cambió su denominación o razón social de INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP BOGOTA LA CUAL SE IDENTIFICA TAMBIEN CON LA SIGLA GPP SALUDCOOP BOGOTA a INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SERVICIOS INTEGRALES BOGOTA LA CUAL SE IDENTIFICA TAMBIEN CON LA SIGLA GPP SERVICIOS INTEGRALES BOGOTA.

Por Acta No. 9 del 12 de enero de 2010 de Asamblea de Asociados, inscrito en esta Cámara de Comercio el 21 de enero de 2010, con el No. 00166034 del Libro I de las entidades sin ánimo de lucro, la entidad cambió su denominación o razón social de INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SERVICIOS INTEGRALES BOGOTA LA CUAL SE IDENTIFICA TAMBIEN CON LA SIGLA GPP SERVICIOS INTEGRALES BOGOTA a INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP LA CUAL SE IDENTIFICA TAMBIEN CON LA SIGLA GPP SALUDCOOP -.

APROBACIÓN DE CUENTA FINAL LIQUIDACIÓN

Que mediante Resolución No. 2020-0007 del 19 de febrero de 2020, en virtud de la Liquidación Forzosa Administrativa, el Liquidador aprueba la cuenta final de liquidación de la entidad de la referencia, inscrita el 26 de Febrero de 2020 bajo el No. 00040064 del libro III de las Entidades Sin Ánimo de Lucro.

CERTIFICA:

Que, en consecuencia, y conforme a los registros que aparecen en la Cámara de Comercio de Bogotá, la entidad se encuentra liquidada.

NOMBRAMIENTOS

REPRESENTANTES LEGALES

Por Resolución No. 2055 del 27 de abril de 2017, de Superintendencia de la Economía Solidaria, inscrita en esta Cámara de Comercio el 21 de junio de 2017 con el No. 00030661 del Libro III de las entidades sin ánimo de lucro, se designó a:

CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACIÓN
Liquidador	Rojas Nieves Luis Antonio	C.C. No. 000000019489308

RECURSOS CONTRA LOS ACTOS DE INSCRIPCIÓN

De conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Ley 962 de 2005, los actos administrativos de registro, quedan en firme dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de inscripción, siempre que no sean objeto de recursos. Para estos efectos, se informa que para la Cámara de Comercio de Bogotá, los sábados NO son días hábiles.

Una vez interpuestos los recursos, los actos administrativos recurridos quedan en efecto suspensivo, hasta tanto los mismos sean resueltos, conforme lo prevé el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

A la fecha y hora de expedición de este certificado, NO se encuentra en curso ningún recurso.

CLASIFICACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS - CIIU

Actividad principal Código CIIU: 9412

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA

Que, los datos del empresario y/o el establecimiento de comercio han sido puestos a disposición de la Policía Nacional a través de la consulta a la base de datos del RUES.

El suscrito secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, en el ejercicio de la facultad conferida por los artículos 43 y 144 del Decreto número 2150 de 1995.

Que en esta Cámara de Comercio no aparecen inscripciones posteriores de documentos referentes a reforma, disolución, liquidación o nombramientos de representantes legales de la mencionada entidad.

El registro ante las Cámaras de Comercio no constituye aprobación de

estatutos. (Decreto 2150 de 1995 y Decreto 427 de 1996).

La persona jurídica de que trata este certificado se encuentra sujeta a la inspección, vigilancia y control de las autoridades que ejercen esta función, por lo tanto deberá presentar ante la autoridad correspondiente, el certificado de registro respectivo, expedido por la Cámara de Comercio, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de inscripción, más el término de la distancia cuando el domicilio de la persona jurídica sin ánimo de lucro que se registra es diferente al de la Cámara de Comercio que le corresponde. En el caso de reformas estatutarias además se allegara copia de los estatutos.

Toda autorización, permiso, licencia o reconocimiento de carácter oficial, se tramitará con posterioridad a la inscripción de las personas jurídicas sin ánimo de lucro en la respectiva Cámara de Comercio.

El presente certificado no constituye permiso de funcionamiento en ningún caso.

****

Este certificado refleja la situación jurídica registral de la entidad sin ánimo de lucro, a la fecha y hora de su expedición.

****

Este certificado fue generado electrónicamente con firma digital y cuenta con plena validez jurídica conforme a la Ley 527 de 1999.

****

Firma mecánica de conformidad con el Decreto 2150 de 1995 y la autorización impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el oficio del 18 de noviembre de 1996.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0186-2021
Radicado N° 35 2018 00590 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ZULY MARIA HERNANDEZ JIMENEZ Y AURA MARIA HERNANDEZ JIMENEZ, presentaron demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES con el fin de que se declare que la entidad demandada incumplió la obligación legal de realizar el cálculo actuarial solicitado por AURA MARIA HERNANDEZ JIMENEZ por el periodo de cotización comprendido entre agosto de 2001 y mayo de

2002 que debía realizar a favor de ZULY MARIA HERNANDEZ JIMENEZ. Como consecuencia de lo anterior piden que se condene a la demandada a recibir el pago de la respectiva reserva actuarial por el término referido a favor de ZULY MARIA HERNANDEZ, que se actualice la historia laboral de esta última, que se ordene el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de ZULY HERNANDEZ bajo los parámetros que define el Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentaron las pretensiones en que ZULY MARIA HERNANDEZ JIMENEZ nació el nació el 19 de enero de 1949; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 1° de diciembre de 1978; que mediante decisión proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de enero de 2017, se declaró la nulidad del traslado de régimen pensional que había efectuado del RPM al RAIS; que el 7 de abril de 2018, solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez; que mediante Resolución SUB 95124 del 12 de junio de 2017, la demandada negó el reconocimiento de la prestación solicitada; que interpuso los recursos de ley contra la anterior decisión, pero éstos también fueron resueltos de manera desfavorable. Aducen que ZULY MARIA HERNANDEZ laboró de manera personal y subordinada como asistente de AURA MARIA HERNANDEZ JIMENEZ entre el 1° de agosto de 2001 y el 31 de mayo de 2002, que al efecto cumplía un horario de 8 horas y devengaba un SMLMV; que dichos aportes no se encuentran dentro de la historia laboral porque AURA MARIA HERNANDEZ omitió realizar los aportes respectivos. Afirman que el 20 de septiembre de 2017, AURA MARIA HERNANDEZ solicitó a COLPENSIONES la liquidación del cálculo actuarial por la omisión del pago de las cotizaciones referidas, que la entidad demandada no ha resuelto de fondo la solicitud ni ha expedido el cálculo actuarial, pues solo ha solicitado que se adjunten más documentos a la petición, pero no ha realizado un pronunciamiento de fondo.

Afirman que con el tiempo representado en el cálculo actuarial solicitado, completaría un total de 1337,14 semanas de cotización a 31 de enero de 2017, que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que ante la falta de respuesta de la demandada sobre la solicitud de liquidación del cálculo actuarial, el 6 de agosto de 2018 reiteró dicha solicitud y además pidió el reconocimiento de la pensión de vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, la nulidad del traslado de régimen pensional y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción y compensación (fls. 158 a 163).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de marzo de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*""**PRIMERO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas las pretensiones reclamadas por AURA MARIA HERNÁNDEZ JIMÉNEZ y ZULY MARIA HERNÁNDEZ JIMÉNEZ. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta parte a la demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de $50.000. **TERCERO: CONSULTAR** en caso de no ser apelada esta decisión*

en cualquier caso se mandaría al Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta."

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como único objeto de la controversia, en cuanto durante el trámite del proceso la demandada COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a la demandante ZULY MARIA HERNANDEZ JIMENEZ. Para resolverlo indicó que la demandante a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, perdió el régimen de transición del que se beneficiaba, pues no acreditó 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia de dicha enmienda constitucional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se disponga el reconocimiento de la pensión en aplicación del régimen de transición. Para sustentar el recurso aduce que la historia laboral de la demandante acredita más de 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, que la entidad no tiene en cuenta dentro del cómputo algunos días que fueron efectivamente cotizados, pues la actora en total cuenta con 758 semanas de cotización al 25 de julio de 2005, lo que le da derecho a conservar el régimen de transición y a que su pensión se reconozca con base en dichas prerrogativas[1].

---

[1] *"señor juez, presento recurso de apelación, de acuerdo con la historia laboral de COLPENSIONES, la cual se allegó al proceso y al hecho número 12 de la demanda, si bien solamente fueron reconocidas en principio 746 semanas en la resolución DIR-1242 del 1° de febrero de 2019 existen varios días que COLPENSIONES, no tuvo en cuenta o le redujo en la historia laboral, por ejemplo, la del hecho 12.1, 12.2, 12.3, 12.4, 12.5 y 12.6 de los hechos de la demanda. Así pues, si se tiene en cuenta estos días, se tendrían 758.28 semanas, antes de la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, contando ya con el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 mi representada cumple con la totalidad de requisitos del Acuerdo 049, y así, de la misma manera, la edad la cumpliría antes de esa fecha. En consecuencia, se debería dar la pensión de vejez desde el 1° de febrero de 2017, fecha de la cual se retiró del sistema, de la cual dejó de cotizar, lo cual podemos encontrar sustento en la quieta, pacífica y extensa jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema, como en las sentencias SL-281 del 2020, SL-5603 del 2016, SL-4611 2015 y la 35605 de 2019. Con base en todo lo anterior, les solicito señores magistrados que revoquen la sentencia y concedan las pretensiones de la demanda"*

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la demandante perdió el beneficio de la transición con la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

El apoderado solicita en sus alegaciones que se reconozca la pensión bajo los parámetros del régimen de transición y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante tiene derecho a la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante ZULY MARIA HERNANDEZ JIMENEZ nació el 8 de diciembre de 1957 (fl. 29); ***ii)*** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES de manera interrumpida entre el 4 de diciembre de 1978 y el 31 de enero de 2017 un total de 1.337 semanas (fls. 199 a 201); ***iii)*** que mediante Resolución SUB 329334 del 24 de diciembre de 2018, COLPENSIONES reconoció

pensión de vejez a la demandante bajo los parámetros que define la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de enero de 2019 y en cuantía inicial de $1.699.177 (fls. 197 a 208); ***iv)*** que mediante Resolución DIR 1242 del 1° de febrero de 2019 COLPENSIONES dispuso la reliquidación de la pensión de la demandante en cuantía de $1.755.684 (fls. 211 a 222).

Condición de Beneficiaria del Régimen de Transición de la demandante.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció un régimen de transición normativa, según el cual pueden acceder a la pensión teniendo en cuenta la edad y el tiempo de servicios que regulaban normas anteriores, los afiliados que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones (1° de abril de 1994) tuvieran 35 o 40 años de edad. Esta condición la cumplió la demandante, pues el documento visible en folio 29, acredita que nació el 8 de diciembre de 1957.

Sin embargo, el Acto legislativo 1 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 de la CN dispuso en uno de sus parágrafos transitorios la expiración de dicho régimen de transición a partir del 31 de julio de 2010, dejando a salvo únicamente a los trabajadores o afiliados que para la fecha de entrada en vigencia de la reforma (el 29 de julio de 2005) tuvieran 750 semanas de cotización al Sistema o el equivalente en tiempo de servicios; para ellos conservó la transición hasta el año 2014.

Bajo esta última enmienda legal y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues la demandante no demostró las condiciones para conservar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. De la historia laboral aportada al proceso en

folios 32 a 40 y del tiempo sumado por la entidad demandada en Resolución SUB 329334 del 24 de diciembre de 2018, por el valor del cálculo actuarial recibido por las cotizaciones comprendidas entre el 1° de agosto de 2001 y el 31 de mayo de 2002, se obtienen en total 744 semanas de cotización para el 29 de julio de 2005, densidad de cotización inferior al que exige la norma.

Además de las cotizaciones debidamente computadas por la entidad en la historia laboral, la Sala sumó 1.15 semanas adicionales correspondientes al mes de julio de 1998, pues en dicho periodo a la demandante le reportaron 30 días de cotización y la entidad solo tuvo en cuenta 22 días; 3.43 semanas adicionales en el mes de marzo de 2003, pues la demandante tiene reportados 30 días de cotización y la entidad solo sumó 6 días en ese período; y 2.86 semanas adicionales en septiembre de 2004, pues a la actora le reportaron 30 días de cotización y la entidad solo tuvo en cuenta 10 días en ese período.

Así las cosas, no podía la demandante causar el derecho a la pensión de vejez bajo la aplicación del régimen de transición, pues como se estudió en precedencia, no conservó dicho régimen con la entrada en vigencia del acto legislativo y tampoco causó el derecho antes de la entrada en vigencia de dicha enmienda constitucional, en tanto a 31 de julio de 2010, solo tenía 52 años de edad, y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 exigía para las mujeres una edad de 55 años.

Por todo lo anterior, no es procedente ordenar la reliquidación de la pensión solicitada bajo los parámetros que define el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del régimen de transición.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la apelación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0190-2021
Radicado N° 35-2019-00576-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a reconocer la pensión especial de vejez por hijo invalido a partir del 17 de julio de 2017 en cuantía inicial de $875.196 y 13 mesadas y sus reajustes legales, pago del retroactivo pensional generado del 17 de julio de 2017 al 31 de agosto de 2020, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 27 de enero de 2018 y costas y absolvió de las demás pretensiones (archivos "*7. 2019-576*" y "*8. acta 2019-576 FALLO*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 136 a 145 archivo "*1. 2019-00576-00*").**

LUZ ADRIANA FRANCO VEGA solicitó declarar que tiene derecho a la pensión especial de vejez anticipada por hijo invalido, en consecuencia, condenar a su reconocimiento desde el 27 de septiembre de 2017, retroactivo, intereses moratorios, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 15 de mayo de 1964; que DANIELA GUERRERO FRANCO es su hija y nació el 25 de enero de 1993 y sufre de retraso mental; que SANITAS E.P.S. profirió el dictamen el 05 de septiembre de 2016; que calificó una PCL del 60% a su hija con FE del 25 de enero de 1993, quien no puede valerse por si misma y requiere el cuidado de otra persona, dependiendo económicamente de la demandante, quien es cabeza de familia. Aseguró que el 27 de septiembre de 2017, solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada, solicitud que rechazó la entidad con la Resolución GNR 22302 del 12 de octubre de 2017, indicando que el compañero permanente de la peticionaria Sr. CESAR AUGUSTO GUERRERO HURTADO labora y cotiza y que por ende el colaboraba al sustento de la familia, decisión contra la cual interpuso recursos, siendo confirmado el acto recurrido mediante las Resoluciones SUB 247344 del 03 de noviembre de 2017 y DIR 20549 del 15 de noviembre de 2017, tras lo cual volvió a solicitar el reconocimiento pensional el 26 de abril de 2018, siendo rechazada la solicitud mediante Resolución SUB 183184 del 09 de julio de 2018, acto que confirmó con la Resolución SUB 210258 del 06 de agosto de 2018, por lo cual interpuso acción de tutela, la cual no se concedió por subsidiariedad a pesar que el Juez consideró que la demandante si tiene derecho a la pensión. Aseguró que tiene cotizadas más de 1314 semanas.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (pág. 157 a 169 archivo "*1. 2019-00576-00*").**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, semanas cotizadas, que tiene una hija, los resultados de la calificación de PCL y reclamaciones y resoluciones expedidas negando la prestación. Indicó que la demandante no cumple los requisitos para acceder a la prestación, por cuanto no es madre cabeza de hogar ya que su compañero permanente está laborando, con quien tiene una relación de pareja vigente

conforme la investigación efectuada, por ende, no se puede concluir que la hija invalida dependa exclusivamente de la demandante. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indexación moratoria ni costas, carencia de causa para demanda, prescripción, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivos "7. 2019-576" y "8. acta 2019-576 FALLO").

El 10 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión especial de vejez a la Señora LUZ ADRIANA FRANCO VEGA, a partir del 17 de julio de 2017 en cuantía inicial de $875.196 de pesos, en 13 mensualidades al año. Y como consecuencia, se ordena cancelar la suma de $37.527.429, por concepto de retroactivo pensional causado durante el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2017 al 31 de agosto de 2020, el cual incluye las mesadas adicionales y reajustes anuales.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES, a reconocer y pagar los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1.993, de las mesadas ordenadas en el numeral anterior, a partir del 27 de enero de 2018, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.* ***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $1'000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.* ***CUARTO: ABSOLVE****R a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...)"*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico la procedencia del reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la pensión de vejez anticipada por hijo invalido exige que el hijo de padre o madre tenga invalidez

debidamente calificada, que el padre o madre haya cotizado el mínimo de semanas exigido en el RPM para la pensión de vez, que el hijo dependa económicamente del padre o madre y que éste no se reincorpore a la fuerza laboral, concluyendo la H. CSJ que no se exige la calidad de cabeza de hogar del artículo 1° del Decreto 190 de 2003, ya que ambos padres deben alimentos a su hijo discapacitado y por eso la dependencia económica se presume de ambos padres y la pensión tiene por fin que uno de ellos se dedique al cuidado del hijo sin perjuicio del ingreso, siendo que dicha dependencia es una exigencia legal y no se puede exigir que educación exclusiva al cuidado por el padre o madre porque ambos requieren desarrollar su labor de forma mancomunada y para también consolidar la densidad de semanas exigidas, requisitos que cumple la demandante, porque una vez completó las semanas se retiró para cuidar a su hija discapacitada, por lo cual reconoció la prestación desde la fecha de emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral el 17 de julio de 2017, liquidó el IBL en $1.346.456 y aplicó una tasa del 65% y obtuvo una mesada inicial de $875.196 y ordenó 13 mensualidades, negó la prescripción y condenó a intereses moratorios desde los 4 meses desde la reclamación y no decretó la indexación del retroactivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, por cuanto el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada implica que el padre o madre sea cabeza de familia al ser la única persona que vela económica y afectivamente por el hijo invalido, requisito que no cumple la demandante[1] (01:06:28 archivo "*7. 2019-576*").

[1] Muy respetuosamente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia emitida el día de hoy, a efectos de que los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá revoquen en su totalidad la sentencia y en su lugar absuelvan a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de este proceso. Lo primero es señalar que la norma que nos plantea los requisitos para el reconocimiento de la pensión especial de vejez no ha sido modificada, todas sus apartes han sido exequibles y así como se menciona de manera reiterativa en los argumentos, deben tenerse en cuenta que de acuerdo a lo adoctrinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-989 de 2006 y T-651 del 2009, la posibilidad de acceder a la pensión especial requiere la acreditación de la calidad de padre o madre encabeza de familia, lo que implica que sea la única persona que vela económicamente y afectiva por el hijo en estado de incapacidad y contrario a lo anterior, en este proceso se demostró que la demandante no tiene tal connotación, puesto que como ella afirma, su pareja y padre de la señorita DANIELA GUERRERO FRANCO viven en el mismo hogar de la accionante y vela por los cuidados de su hija, es más, figura como cotizante en el Sistema General de Salud y así mismo ella aparece como beneficiaria,

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, argumentando que ha sido clara la regla jurisprudencial que indica que no se requiere la calidad de madre cabeza de familia para acceder a la prestación. Por su parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con CC 1.049.614.551 y T.P. 246.554 del C.S.J., a quien se reconoce personería como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, reiterando que se requiere la calidad de cabeza de familia responsable económicamente del hijo discapacitado para general la pensión, condición que ha sido definida en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993 modificado por la Ley 1232 de 2008, por cuanto se acreditó que es el compañero permanente de la demandante quien sufraga los gastos de ella y de su hija discapacitada, en consecuencia, no procede otorgar la pensión porque existe otra persona que puede socorrer las necesidades de la hija.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los

---

debe tenerse en cuenta por demás lo expresado y adicionalmente que la demandante al momento de la solicitud debe acreditar tales requisitos. Para los demás argumentos, me tomaré el tiempo que establece el Tribunal para las partes apelantes para ampliar mis alegatos de conclusión para el recurso de apelación. Gracias.

artículos 66ª y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer la procedencia de revocar o modificar la sentencia de primera instancia, para lo cual deberá determinarse si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad y demás pretensiones y el eventual monto de dicha prestación, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **LUZ ADRIANA FRANCO VEGA** nació el 15 de mayo de 1964 (pág. 16 archivo "*1. 2019-00576-00*" y archivo "*GRP-SCH-HL-66554443332211_1642-20191031091511*" carpeta "2. CD FL. 133"); ***ii)*** la demandante es afiliada de la demandada **COLPENSIONES** y acumula 1314,57 semanas cotizadas (archivo "*GRP-SCH-HL-66554443332211_1642-20191031091511*" carpeta "2. CD FL. 133"); ***iii)*** la demandante es madre de DANIELA GUERRERO FRANCO, quien nació el 25 de enero de 1993 (pág. 17 a 19 archivo "*1. 2019-00576-00*"); ***iv)*** el 05 de septiembre de 2016, SANITAS E.P.S. certificó que DANIELA GUERRERO FRANCO sufre una pérdida de capacidad laboral del 60% y **COLPENSIONES** a través de dictamen 201722575800 del 17 de julio de 2017 calificó su PCL en 60% origen común y fecha de estructuración al nacimiento el 25 de enero de 1993 (pág. 119, 130 a 133 archivo "*1. 2019-00576-00*"); ***v)*** el 27 de septiembre de 2017, la demandante solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión especial de vejez anticipada por hijo invalido, conforme lo dicho en la Resolución SUB 222302 del 12 de octubre de 2017, hecho que aceptó **COLPENSIONES** al contestar como cierto el hecho 11 de la demanda (pág. 21 y 159 archivo "*1. 2019-00576-00*").

- **Sobre la Pensión Especial de Vejez por Hijo en Condición de discapacidad a cargo.**

El Parágrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagró la pensión de vejez a favor de la madre trabajadora cuyo hijo padece invalidez física o mental debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, siempre y cuando la madre haya cotizado el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, beneficio que se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral.

Resulta relevante destacar que mediante sentencia C-227 de 2004, la H. Corte Constitucional declaró exequible la anterior norma en el entendido de que la dependencia del hijo con respecto a la madre es de tipo económico; así mismo, mediante sentencia C-989 de 2006 se declaró exequible la norma en el entendido de que dicho beneficio pensional se hace extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él y finalmente, en la sentencia C-758 de 2014, se declaró condicionalmente exequible la norma en el entendido que dicho beneficio pensional se garantiza a los afiliados del régimen de prima medica como del régimen de ahorro individual con solidaridad.

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en las sentencias SL281 de 2018 y SL4715 de 2019, SL2585 de 2020, SL739 de 2021, entre otras, señaló que dicho beneficio pensional aplica a los afiliados de ambos regímenes pensionales y destacó que solo se requieren tres condiciones para causar el derecho: ***i)*** que el padre o madre haya cotizado por lo menos el mínimo de semanas exigido para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media; ***ii)*** que el hijo sufra una invalidez debidamente calificada, lo que supone una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%; ***iii)*** que el hijo discapacitado sea económicamente dependiente de su madre o padre.

En cuanto a la controversia de si se requiere que el padre o madre sea cabeza de familia para acceder a este beneficio pensional, la H. CSJ en las sentencias SL2585 de 2020 y SL739 de 2021, reafirmó la regla jurisprudencial adoptada en sentencias SL17898 de 2016, SL1991 de 2019 y SL3772 de 2019 de que **no** se requiere que el progenitor a cargo del hijo invalido tenga calidad de cabeza de familia, por cuanto el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 no exige tal condición, así mismo, indicó que la norma no se puede interpretar en contra de los intereses de afiliados e hijo invalido, por cuanto **no** libera de las obligaciones familiares y alimentarias de los padres y ello hace factible el soporte económico de ambos padres, además la finalidad del beneficio pensional es que el progenitor abandone la vida laboral para dedicarse al cuidado pleno de su hijo, siendo la única forma de dependencia exigida por la norma la económica.

Conforme su pronunciamiento, la H. CSJ ha indicado que la dependencia económica no se equipara a la condición de cabeza de familia, última que impone una dependencia económica exclusiva al ser el único ingreso familiar el del cabeza de familia como exclusivo proveedor de recursos monetarios para el sostenimiento de los descendientes, advirtiendo expresamente nuestro máximo órgano de cierre desde la sentencia SL17898 de 2016 que tal interpretación no contradice la sentencia C-989 de 2006, porque en dicha providencia el término "cabeza de familia" se equiparó al de madre o padre trabajador.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* condenó a reconocer la pensión especial de vejez por hijo invalido a partir del 17 de julio de 2017 en cuantía inicial de $875.196 y 13 mesadas y sus reajustes legales, pago del retroactivo pensional generado del 17 de julio de 2017 al 31 de agosto de 2020, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 27 de enero de 2018 y costas y absolvió de las demás pretensiones.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación y solicitó revocar parcialmente el fallo. Indicó que la demandante no acredita su calidad de cabeza de familia, por tanto, no le asiste derecho a la pensión porque no es la única persona que vela económicamente y afectivamente por su hija discapacitada.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra la pensión especial de vejez a favor del padre o madre de un hijo invalido que dependa económicamente de éste.

En el presente asunto no existe discusión entre las partes respecto del cumplimiento de los dos primeros requisitos, los cuales están suficientemente acreditados, por cuanto está acreditado que la demandante **LUZ ADRIANA FRANCO VEGA** es afiliada de la demandada **COLPENSIONES** y acumula 1314,57 semanas cotizadas (archivo *"GRP-SCH-HL-66554443332211_1642-20191031091511"* carpeta "2. CD FL. 133"), que es la madre de DANIELA GUERRERO FRANCO, quien nació el 25 de enero de 1993 (pág. 17 a 19 archivo *"1. 2019-00576-00"*) y a quien el 05 de septiembre de 2016 SANITAS E.P.S. certificó que padece una pérdida de capacidad laboral del 60%, lo cual ratificó la demandada con el dictamen 201722575800 del 17 de julio de 2017, el cual concluyó que la hija sufre una PCL del 60% origen común y con fecha de estructuración del 25 de enero de 1993 (pág. 119, 130 a 133 archivo *"1. 2019-00576-00"*).

Así las cosas, observa la Sala que el punto de controversia no es otro que determinar si se cumplió con el tercer requisito para acceder a la pensión reclamada, esto es, que el hijo invalido sea económicamente dependiente de su madre o padre.

Alegó la apoderada de **COLPENSIONES** en su recurso de apelación que no es posible acceder al reconocimiento pensional porque la demandante no demostró que es cabeza de familia al no ser la única persona que vela económica y afectivamente por su hija invalida.

Al respecto, la H. CSJ en sentencias SL17898 de 2016, SL1991 de 2019, SL3772 de 2019, SL2585 de 2020, SL739 de 2021, entre otras, ha señalado de forma contundente que **no** se requiere que el progenitor que vela por su hijo invalido sea "*cabeza de familia*", por cuanto el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no exige dicha calidad ni tampoco libera de las obligaciones familiares y alimentarias a los padres y ello hace factible que el soporte económico provenga de ambos progenitores, regla jurisprudencial que comparte esta Sala.

Así las cosas, la dependencia económica exigida por la norma que consagra este beneficio pensional no puede entenderse en el sentido de que el progenitor que reclama la pensión deba demostrar que es el exclusivo proveedor de recursos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes, motivo por el cual en nada afecta que la demandante no sea la única proveedora de recursos para el sostenimiento y cuidado de su hija.

Resulta relevante indicar que la Sala no pasa por alto que la demandante indicó en su interrogatorio que al momento de la audiencia (10 de septiembre de 2020) llevaba 4 años sin laborar (15:08 archivo "*7. 2019-576*"), sin embargo, tal manifestación debe ser interpretada conforme el contexto acreditado con los elementos de prueba practicados en el proceso, por cuanto se allegó copia de la declaración extrajuicio rendida el 26 de abril de 2018 por la demandante en donde manifestó que al ser ella la responsable de los cuidados de su hija invalido durante todo el día al requerir apoyó total debió retirarse de trabajar (pág. 61 archivo "*1. 2019-00576-00*"), lo cual concuerda con la relación de historia clínica expuesta en el dictamen de PCL de **COLPENSIONES** en donde se indicó que DANIELA GUERRERO FRANCO requiere realizar sus ABC (actividades básicas cotidianas) bajo supervisión y en sus

AVD (actividades de la vida diaria) es dependiente (pág. 131 archivo "*1. 2019-00576-00*") y finalmente la historia laboral de la demandante acredita que desarrolló su rol laboral por más de 26 años consolidando más de 1300 semanas cotizadas, de lo cual se puede concluir que si aportó para la manutención de su hija pero debió retirarse para atender personalmente los cuidados de ella (archivo "*GRP-SCH-HL-66554443332211_1642-20191031091511*" carpeta "2. CD FL. 133").

Conforme los anteriores medios de prueba, la demandante si reúne los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por hijo invalido a cargo, motivo por el cual se confirmará la condena al reconocimiento de dicha prestación.

En cuanto las características del derecho pensional. Su fecha de causación será el 17 de julio de 2017, fecha en que se emitió el dictamen que confirmó la invalidez de la hija de la demandante; el monto de la pensión se calculará conforme los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, sobre una base conformada por el promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y una tasa de reemplazo del 65%, siendo el IBL de $1.346.456 y el monto de la primera mesada de $875.196, cifras que concuerdan con las indicadas por el *a quo*; el número de mesadas será de 13 al año conforme el Acto Legislativo 1° de 2005 porque la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011:

Año	Mes	Días	Salario	IPC inicial	IPC final	Factor act.	Salario indexado	Días x salario
2007	6	30	$ 860.000,00	61,33	93,11	1,518180336	$ 1.305.635	$ 39.169.053
2007	7	30	$ 860.000,00	61,33	93,11	1,518180336	$ 1.305.635	$ 39.169.053
2007	8	30	$ 860.000,00	61,33	93,11	1,518180336	$ 1.305.635	$ 39.169.053
2007	9	30	$ 860.000,00	61,33	93,11	1,518180336	$ 1.305.635	$ 39.169.053
2007	10	30	$ 860.000,00	61,33	93,11	1,518180336	$ 1.305.635	$ 39.169.053
2007	11	30	$ 860.000,00	61,33	93,11	1,518180336	$ 1.305.635	$ 39.169.053
2007	12	30	$ 889.000,00	61,33	93,11	1,518180336	$ 1.349.662	$ 40.489.870
2008	1	30	$ 860.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.235.338	$ 37.060.136
2008	2	30	$ 860.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.235.338	$ 37.060.136
2008	3	30	$ 860.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.235.338	$ 37.060.136
2008	4	30	$ 920.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.321.524	$ 39.645.727
2008	5	30	$ 920.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.321.524	$ 39.645.727
2008	6	30	$ 920.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.321.524	$ 39.645.727
2008	7	30	$ 920.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.321.524	$ 39.645.727
2008	8	30	$ 920.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.321.524	$ 39.645.727
2008	9	30	$ 920.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.321.524	$ 39.645.727
2008	10	30	$ 920.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.321.524	$ 39.645.727
2008	11	30	$ 920.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.321.524	$ 39.645.727
2008	12	30	$ 951.000,00	64,82	93,11	1,436439371	$ 1.366.054	$ 40.981.615
2009	1	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	2	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	3	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513

2009	4	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	5	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	6	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	7	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	8	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	9	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	10	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	11	30	$ 994.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.325.950	$ 39.778.513
2009	12	30	$ 1.027.000,00	69,8	93,11	1,333954155	$ 1.369.971	$ 41.099.128
2010	1	30	$ 994.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.299.878	$ 38.996.351
2010	2	30	$ 994.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.299.878	$ 38.996.351
2010	3	30	$ 1.099.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.437.189	$ 43.115.684
2010	4	30	$ 1.029.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.345.649	$ 40.369.462
2010	5	30	$ 1.029.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.345.649	$ 40.369.462
2010	6	30	$ 1.029.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.345.649	$ 40.369.462
2010	7	30	$ 1.029.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.345.649	$ 40.369.462
2010	8	30	$ 1.029.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.345.649	$ 40.369.462
2010	9	30	$ 1.029.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.345.649	$ 40.369.462
2010	10	30	$ 1.029.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.345.649	$ 40.369.462
2010	11	30	$ 1.029.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.345.649	$ 40.369.462
2010	12	30	$ 1.063.000,00	71,2	93,11	1,307724719	$ 1.390.111	$ 41.703.341
2011	1	30	$ 1.029.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.304.427	$ 39.132.821
2011	2	30	$ 1.029.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.304.427	$ 39.132.821
2011	3	30	$ 1.152.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.460.350	$ 43.810.505
2011	4	30	$ 1.070.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.356.402	$ 40.692.049
2011	5	30	$ 1.070.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.356.402	$ 40.692.049
2011	6	30	$ 1.070.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.356.402	$ 40.692.049
2011	7	30	$ 1.070.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.356.402	$ 40.692.049
2011	8	30	$ 1.070.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.356.402	$ 40.692.049
2011	9	30	$ 1.070.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.356.402	$ 40.692.049
2011	10	30	$ 1.070.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.356.402	$ 40.692.049
2011	11	30	$ 1.070.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.356.402	$ 40.692.049
2011	12	30	$ 1.106.000,00	73,45	93,11	1,267665078	$ 1.402.038	$ 42.061.127
2012	1	30	$ 1.046.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.278.292	$ 38.348.757
2012	2	30	$ 1.070.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.307.622	$ 39.228.652
2012	3	30	$ 1.070.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.307.622	$ 39.228.652
2012	4	30	$ 1.319.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.611.919	$ 48.357.563
2012	5	30	$ 1.133.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.384.613	$ 41.538.376
2012	6	30	$ 1.133.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.384.613	$ 41.538.376
2012	7	30	$ 1.133.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.384.613	$ 41.538.376
2012	8	30	$ 1.133.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.384.613	$ 41.538.376
2012	9	30	$ 1.133.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.384.613	$ 41.538.376
2012	10	30	$ 1.133.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.384.613	$ 41.538.376
2012	11	30	$ 1.133.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.384.613	$ 41.538.376
2012	12	30	$ 1.171.000,00	76,19	93,11	1,222076388	$ 1.431.051	$ 42.931.544
2013	1	30	$ 1.134.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.352.809	$ 40.584.269
2013	2	30	$ 1.133.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.351.616	$ 40.548.480
2013	3	30	$ 1.133.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.351.616	$ 40.548.480
2013	4	30	$ 1.317.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.571.119	$ 47.133.582
2013	5	30	$ 1.179.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.406.492	$ 42.194.756
2013	6	30	$ 1.179.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.406.492	$ 42.194.756
2013	7	30	$ 1.179.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.406.492	$ 42.194.756
2013	8	30	$ 1.179.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.406.492	$ 42.194.756
2013	9	30	$ 1.179.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.406.492	$ 42.194.756
2013	10	30	$ 1.179.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.406.492	$ 42.194.756
2013	11	30	$ 1.179.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.406.492	$ 42.194.756
2013	12	30	$ 1.218.000,00	78,05	93,11	1,192953235	$ 1.453.017	$ 43.590.511
2014	1	30	$ 1.179.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.379.798	$ 41.393.925
2014	2	30	$ 1.179.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.379.798	$ 41.393.925
2014	3	30	$ 1.179.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.379.798	$ 41.393.925
2014	4	30	$ 1.391.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.627.904	$ 48.837.108
2014	5	30	$ 1.232.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.441.824	$ 43.254.721
2014	6	30	$ 1.232.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.441.824	$ 43.254.721
2014	7	30	$ 1.232.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.441.824	$ 43.254.721
2014	8	30	$ 1.232.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.441.824	$ 43.254.721
2014	9	30	$ 1.232.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.441.824	$ 43.254.721
2014	10	30	$ 1.232.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.441.824	$ 43.254.721
2014	11	30	$ 1.232.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.441.824	$ 43.254.721
2014	12	30	$ 1.273.000,00	79,56	93,11	1,170311714	$ 1.489.807	$ 44.694.204
2015	1	30	$ 1.232.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.390.948	$ 41.728.454
2015	2	30	$ 1.232.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.390.948	$ 41.728.454
2015	3	30	$ 1.232.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.390.948	$ 41.728.454
2015	4	30	$ 1.456.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.643.848	$ 49.315.446
2015	5	30	$ 1.288.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.454.173	$ 43.625.202
2015	6	30	$ 1.288.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.454.173	$ 43.625.202
2015	7	30	$ 1.288.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.454.173	$ 43.625.202
2015	8	30	$ 1.288.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.454.173	$ 43.625.202
2015	9	30	$ 1.288.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.454.173	$ 43.625.202

2015	10	30	$ 1.288.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.454.173	$ 43.625.202
2015	11	30	$ 1.159.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.308.530	$ 39.255.908
2015	12	30	$ 1.274.000,00	82,47	93,11	1,129016612	$ 1.438.367	$ 43.151.015
2016	1	30	$ 1.288.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.362.018	$ 40.860.538
2016	2	30	$ 1.288.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.362.018	$ 40.860.538
2016	3	30	$ 1.288.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.362.018	$ 40.860.538
2016	4	30	$ 1.648.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.742.706	$ 52.281.186
2016	5	30	$ 1.378.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.457.190	$ 43.715.700
2016	6	30	$ 1.378.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.457.190	$ 43.715.700
2016	7	30	$ 1.378.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.457.190	$ 43.715.700
2016	8	30	$ 1.378.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.457.190	$ 43.715.700
2016	9	30	$ 1.378.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.457.190	$ 43.715.700
2016	10	30	$ 1.229.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.299.627	$ 38.988.821
2016	11	30	$ 1.220.000,00	88,05	93,11	1,057467348	$ 1.290.110	$ 38.703.305
2017	1	30	$ 689.455,00	93,11	93,11	1	$ 689.455	$ 20.683.650
2017	2	30	$ 738.000,00	93,11	93,11	1	$ 738.000	$ 22.140.000
2017	3	30	$ 738.000,00	93,11	93,11	1	$ 738.000	$ 22.140.000
2017	4	30	$ 738.000,00	93,11	93,11	1	$ 738.000	$ 22.140.000
2017	5	30	$ 738.000,00	93,11	93,11	1	$ 738.000	$ 22.140.000
2017	6	30	$ 738.000,00	93,11	93,11	1	$ 738.000	$ 22.140.000

3600	IBL	$ 1.346.456

$ 4.847.240.452

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN (IBL)	$ 1.346.456
PORCENTAJE APLICADO	65%
PRIMERA MESADA	**$ 875.196**
AUMENTO A 1 SMLMV	**N/A**

Para determinar el monto del retroactivo pensional resulta necesario resolver primero la excepción de prescripción, siendo relevante considerar que la pensión se causó el 17 de julio de 2017 y la demandante solicitó su reconocimiento el 27 de septiembre de 2017 el 20 de agosto de 2019 (pág. 134 archivo "*1. 2019-00576-00*"), esto es antes del término trienal señalado en el artículo 488 CST y 151 CPTSS, por lo cual no se causó la prescripción.

Al no configurarse la prescripción, procede la condena al pago del retroactivo por las mesadas pensionales causadas desde el 17 de julio de 2017, el cual liquidado al 30 de septiembre de 2021 asciende a $51´418.759, monto del cual se debe deducir los aportes a salud conforme las normas legales vigentes:

Año	IPC	Valor mesada	# mesadas	Valor año
2017	4,09%	$ 875.196	6,57	$ 5.750.039
2018	3,18%	$ 910.992	13	$ 11.842.892
2019	3,80%	$ 939.961	13	$ 12.219.496
2020	1,61%	$ 975.680	13	$ 12.683.837
2021	n/a	$ 991.388	9	$ 8.922.494
Total				$ 51.418.759

Por último, procede la Sala a pronunciarse respecto de la condena al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siendo relevante considerar que **COLPENSIONES** se abstuvo de

reconocer en sede administrativa la pensión reclamada alegando que la demandada no tiene la calidad de "*cabeza de hogar*", tal y como indicó en las Resoluciones SUB222302 del 12 de octubre de 2017, SUB247344 del 03 de noviembre de 2017, DIR 20549 del 15 de noviembre de 2017, SUB 183184 del 09 de julio de 2018, SUB 210258 del 06 de agosto de 2018 (pág. 24, 27, 29, 40, 45, 48, 68, 79 y 80).

A juicio de esta Sala, no es comprensible que la demandada, sistemáticamente, exija acreditar la calidad de "*cabeza de hogar*" como requisito para causar la pensión especial de vejez por hijo invalido desconociendo que por lo menos desde la sentencia SL17898 de 2016 la H. CSJ ha sostenido de forma unánime que no se requiere acreditar dicha condición, por tanto, **COLPENSIONES** impuso una barrera administrativa que no corresponde al entendimiento normativo de la norma realizado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, incurriendo en mora en el reconocimiento de la pensión, motivo por el cual se confirmará la condena impuesta por el *a quo* al pago de dichos intereses.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido **ESTABLECER** la suma de $51´418.759, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 17 de julio de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2021, junto con las demás mesadas que se causen hasta el ingreso de la demandante en nómina de pensionados, autorizando a la **COLPENSIONES** a descontar los aportes a salud. Los demás apartes del precitado numeral se mantienen incólumes.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0184-2021

Radicado N° 36 2018 00667 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión convencional.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

NORBERTO URREGO MENDEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP**, con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión convencional a partir del 12 de marzo de 2015, junto con

las mesadas adicionales causadas, retroactivo, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo desde el 12 de diciembre de 1978 hasta el 27 de junio de 1999; que en total prestó servicios a dicha entidad durante 20 años, 6 meses y 6 días, que el último cargo desempeñado fue el de director III grado 09; que el salario promedio devengado en el último año de servicios corresponde a $1.313.299; que durante su vinculación estuvo afiliado a la organización sindical SINTRACREDITARIO; que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja Agraria y SINTRACREDITARIO para la vigencia 1998-1999, que nació el 12 de marzo de 1960; que cumplió 55 años de edad el 12 de marzo de 2015; que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión convencional y ésta fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó el relacionado con la reclamación presentada y frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios e indexación, falta de causa y título en la parte actora, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales (Pdf. 1 fls. 116 a 120).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 28 de septiembre de 2020, condenó a la demandada

a reconocer y pagar la pensión convencional al demandante. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción. **SEGUNDO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a pagar al señor NORBERTO URREGO MÉNDEZ, la pensión convencional de jubilación a partir del primero de agosto de 2015 en cuantía inicial de $2.068.843.16 con 2 mesadas adicionales por año y los reajustes de ley las sumas adeudadas deberán ser indexadas al momento del pago. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la encartada liquidarse con la suma de un millón de pesos por concepto de agencias en derecho. **CUARTO: CONSÚLTESE** con la superior la presente decisión en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la ley 11492 2007 esto es en favor, de la UGPP la sentencia proferida por el despacho queda en este momento y de manera legal notificada a las partes."*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante tiene derecho a la pensión que reclama bajo los lineamientos de la CCT. Para resolverlo indicó que según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el derecho pensional reclamado se causa con el cumplimiento del tiempo de servicios definidos en la norma convencional y la edad solo constituye un requisito de exigibilidad de dicho derecho, dijo que en ese orden de ideas y dado que el actor cumplió más de 20 años de servicio a la entidad antes del límite previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, es procedente el reconocimiento de la pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se modifique la sentencia de primera instancia

en cuanto el valor de la mesada definido en primera instancia es inferior al que corresponde[1].

Por su parte el apoderado de la demandada UGPP pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la juez de primera instancia no tuvo en cuenta que el actor causó el derecho con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 en cuanto para el 31 de julio de 2010 no tenía cumplida la edad exigida por la norma convencional para causar el derecho.[2]

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones, solicita que se modifique la sentencia de primera instancia en los términos expresados en el recurso.

---

[1] *"Muchas gracias señoría de manera atenta y respetuosa me permito interponer recurso de apelación, ante el honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá sala laboral, para que en efecto modifique parcialmente la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos, en lo que hace mención a la liquidación de la primera mesada pensional, con la documental aportada con la demanda en certificación laboral se hace con la certificación por la coordinadora del grupo de gestión integral de entidades liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se certifica como total periodo devengado al momento del retiro del trabajador, la suma de $1,313,299 es decir que de acuerdo al parágrafo tercero de la convención colectivo vigente, para los años 1998 y 1999 artículo 41 se debe tener en cuenta dicho valor, como IBL a actualizar a la fecha en que mi demandante cumple los 55 años de edad, esto es el 12/03/2015 entonces teniendo la suma antes mencionada y utilizando la fórmula que ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral, para indexar pues la pensión, como se expuso en la en las consideraciones de la sentencia de instancia, se tendría como primera mesada pensional la suma de $2,230,255.3 centavos es entonces que luego honorables magistrados se modifique la suma a obtener, como primera mesada pensional y pues se tenga en cuenta la ya mencionada, en las consideraciones o en el argumento del presente recurso de apelación."*

[2] *"Muchas gracias haciendo uso de este traslado a interponer de manera respetuosa recurso de apelación, contra la sentencia proferida el día de hoy en contra de la UGPP para que el Tribunal Superior de Bogotá, haga el estudio sobre la puntualidad de que no se podría hacer una interpretación de los requisitos cumplidos de manera general, es decir que el acto legislativo tenía una vigencia y que era 31/07/2010 y que esta vigencia, no exceptuaba por ningún motivo a ningún accionante, en el caso particular del Sr Norberto ese requisito de esa exigencia contemplada en el acto legislativo, se dio en el año 2015 es decir que no se cumplieron con los requisitos establecidos en la convención, en este orden de ideas sustenta el recurso de apelación muchas gracias señoría."*

Por su parte el apoderado de la demandada solicitó en sus alegatos que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación y las que no en consulta a favor de la UGPP.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante causó el derecho pensional previsto en la CCT, si a éste aplica el límite previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005 y en dado caso establecer el valor de la mesada pensional.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 12 de marzo de 1960 (Pdf. 1 fl. 6); ***ii)*** que laboró al servicio de la extinta CAJA AGRARIA desde el 12 de diciembre de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 (Pdf. 1 fl. 9).

- **Aplicación de Derechos Convencionales Pensionales en Vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.**

Sobre la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, en asuntos como el presente, considera la Sala que las Convenciones Colectivas de Trabajo que reconocían derechos extralegales en materia pensional, fueron terminadas por mandato de los parágrafos segundo y tercero transitorios del artículo 48 de la Constitución Política. Los derechos pensionales extralegales que no se hubieran

causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo, solamente aquellos trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión tenían un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no podía ser objeto de derogatoria por la expedición de normas posteriores. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5622-2019.

La enmienda constitucional que incorporó el Acto Legislativo 01 de 2005 rige hoy y se debe aplicar, pues no ha sido excluida de nuestro ordenamiento por la única autoridad que tiene competencia para declarar su ineficacia, esto es, la H. Corte Constitucional.

Definido lo anterior, advierte la Sala que el demandante reclama el reconocimiento de la pensión convencional establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para la vigencia 1998-1999 y respecto de la cual se encuentra la constancia de depósito respectiva en el folio 22 del Pdf 1 del expediente digital, dicha norma convencional establece (fl. 45 Pdf 1):

"A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicios a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios", el parágrafo primero de esta disposición establece: *"El trabajador*

que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución".

Ahora bien, sobre la aplicación o entendimiento que debe darse a la anterior clausula convencional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que el artículo 41 de la Convención Colectiva suscrita entre la Caja Agraria y SINTRACREDITARIO únicamente contiene un requisito de causación, y este es el del tiempo de servicio. Dice la Corte que para este caso debe entenderse que la edad es solamente un requisito de exigibilidad del derecho y ello resulta claro del contenido del parágrafo primero de dicha norma cuando refiere que los ex trabajadores de la Caja tendrán derecho a la pensión al llegar a la edad de 55 años (hombres) siempre que hayan completado veinte años de servicio a la Institución, afirmación de la que se entiende que el único requisito para causar la prestación es el tiempo de servicio y éste se hace exigible al llegar a la edad establecida (sentencia SL1120-2021, SL803-2021, SL526-2018 y SL4550-2018).

Así las cosas, siguiendo el criterio jurisprudencial referido, el derecho pensional del demandante no se vería afectado por las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, siempre que acredite haber completado 20 años al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero antes del 31 de julio de 2010, único requisito que define la convención colectiva en comento, para causar el derecho a la pensión de jubilación.

Revisadas las pruebas aportadas al expediente se advierte que NORBERTO URREGO MENDEZ prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 12 de diciembre de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 9, Pdf. 1), es decir por un total de 20 años,

6 meses y 15 días, tiempo suficiente para acreditar el requisito referido al tiempo de servicio que define el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo y para causar el derecho pensional antes del límite referido en precedencia, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Como el demandante acreditó haber llegado a la edad de 55 años el 12 de marzo de 2015 (Pdf. 1 fl. 6), procede el reconocimiento de la pensión a partir de esta última fecha.

Para definir el valor de la mesada pensional, la Sala tendrá en cuenta que el mismo artículo 41 define que la cuantía de esta prestación corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicios, y especialmente lo establecido en el parágrafo tercero de esta disposición que contempla lo siguiente:

> "*Parágrafo 3°. La pensión se liquidará así:*
>
> ***Primer factor fijo**. Último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y o técnica si las estuviere devengando.*
>
> ***Segundo factor**. Valores variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*
>
> *Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.*
>
> *De la suma de estos factores se tomará el 75% establecido*".

Teniendo en cuenta lo anterior de la certificación de factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicios (Pdf. 1, fl. 9), se advierte que devengó como *primer factor fijo*: sueldo básico y prima de antigüedad; y como *segundo factor*: prima junio 1998, prima diciembre de 1998, prima de junio 1999, prima escolar 1999, prima de vacaciones, salario en especie y

viáticos, valores de los que se obtiene como promedio devengado en el último año de servicios la suma de $1.313.299. Al actualizar el salario promedio de la demandante (SL803-2021[3]) y aplicar el 75% que define la norma convencional, se obtiene como valor inicial indexado de la mesada pensional para el año 2015, la suma de $2.226.041.

Realizadas las operaciones de rigor se obtiene:

Salario a actualizar: $1.313.299
Ipc vigente diciembre de 2014: 118.15
Ipc vigente diciembre de 1998: 52.18
118.15/52.18 = 2.26 * 1.313.299 = 2.968.055
2.968.055 * 75% = 2.226.041

Como el valor aquí definido resulta ser superior al que tasó la juez de primera instancia y este puntual aspecto fue objeto de recurso por la parte demandante, se modificará en lo pertinente la decisión, se precisa que la pensión reconocida debe pagarse en 14 mesadas anuales, pues como se dijo anteriormente ésta se causó antes de la vigencia del Acto legislativo 1 de 2005.

Sobre la indexación de las mesadas que ordenó la juez de primera instancia, considera la Sala que es procedente por el tiempo

---

[3] Así lo tiene adoctrinado la Corte, entre otras, en la Sentencia CSJ SL 38885, 10 ago. 2010, reiterada en providencia CSJ SL13192-2015, en la que se dijo lo siguiente:
Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el numeral 4° del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta (sic) debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3° ibídem, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

transcurrido entre la fecha en que debía iniciarse el pago de cada una de las mesadas y aquella en que efectivamente se realice, por ello se confirmará la sentencia en cuanto ordenó a la demandada el pago de la indexación de las mesadas causadas hasta la fecha en que se realice su pago, se deberá tener en cuenta para el efecto la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

Ahora bien, frente al descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sobre los cuales omitió pronunciarse la juez de primera instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, procede el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado por el demandante y de las mesadas subsiguientes, y por ello se adicionará en este sentido la sentencia de primera instancia.

- **De la excepción de prescripción**

Teniendo en cuenta que conforme lo acredita el documento que obra a fl. 11 del Pdf. 1 del expediente, el actor presentó reclamación administrativa el 1° de agosto de 2018, y la pensión debía pagarse desde el 12 de marzo de 2015, operó la prescripción

de las mesadas causadas con anterioridad al 1° de agosto de 2015, pues transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, por ello se confirmará la decisión de primera instancia que en este aspecto llegó a igual conclusión.

- **De la Compartibilidad de la Pensión convencional con la Pensión de Vejez**

Se precisa que, la pensión convencional reconocida al aquí demandante es compartible con la pensión de vejez que hubiere reconocido o reconozca en el futuro COLPENSIONES, en tal caso estará a cargo de la demandada UGPP, únicamente el mayor valor existente entre estas prestaciones, en caso de que exista este mayor valor.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor de la primera mesada pensional corresponde a la suma de $2.226.041, la cual es compartible con la pensión de vejez que hubiere reconocido o reconozca en el futuro COLPENSIONES, en tal caso estará a cargo de la demandada UGPP, únicamente el mayor valor existente entre estas prestaciones, en caso de que exista este mayor valor, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para AUTORIZAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA

ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP a descontar del retroactivo pensional causado y de las mesadas que se causen en adelante el valor correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0191-2021
Radicado N° 36-2018-00697-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 09 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó el traslado del saldo de la CAIP a **COLPENSIONES** y condenó en costas a las AFP demandadas (archivo "*10. Audiencia 09.09.2020*" y "*11. Acta Audiencia 09.09.2020 - 2018-00697*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 80 a x archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*").**

FERNANDO RÍOS BARBOSA solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, condenar al traslado de sus aportes y a **COLPENSIONES** a registrar al demandante como su afiliado sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió a pensiones el 08 de marzo de 1982 al trabajar en el HOSPITAL SAN ANTONIO de Arbeláez- Cundinamarca y al extinto ISS el 1° de febrero de 1995; que el 29 de enero de 1996 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** y posteriormente a se trasladó a **OLD MUTUAL S.A.**, sin que dichas AFP suministraran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada y nunca se le informó sobre la restricción de retorno al RPM por edad, contando actualmente con más de 1505 semanas cotizadas, radicado el 07 de junio de 2018 un derecho de petición solicitando a **PORVENIR S.A.** la invalidación de su afiliación y ese mismo día radicó formulario de traslado a **COLPENSIONES**, solicitudes que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación del demandante al ISS y su traslado al RPM y que negó su solicitud de retorno de 2018. Indicó que el demandante no demostró que las AFP incumplieran el deber de información, ni vicio del consentimiento ni oposición alguna a la afiliación, por ende, no hubo inconformidad contra el acto libre y voluntario de afiliación y éste tiene plenos efectos jurídicos, así mismo, no cumple los requisitos para retornar al RPM según las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 como tampoco acredita causal de nulidad y permitir su retorno afecta el principio de sostenibilidad fiscal. Interpuso las excepciones de inexistencia de derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad, improcedencia de pago de costas por instituciones administradora de seguridad social de orden público y la genérica (pág. 92 a115 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*").

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó que el demandante es actualmente su afiliado y tiene 1565 semanas cotizadas. Indicó que la afiliación del demandante es válida al no existir vicio del consentimiento, siendo un acto libre y voluntario materializado en la suscripción del formulario, precedido de una asesoría que reafirmó información sobre el RAIS que ya conocía el demandante quien previamente estuvo vinculado a otra AFP, así como una exposición de las características de cada régimen y la forma de consolidación del derecho pensional, información que fue cierta, suficiente y oportuna, sin que exista prueba de alguna causal de nulidad, por lo cual no hay mérito en las pretensiones. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe y la genérica (pág. 143 a 157 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó que negó la solicitud del demandante de 2018. Indicó que brindó asesoría sobre la naturaleza del RAIS haciendo énfasis que la pensión se construye con el ahorro y la rentabilidad de los aportes y la garantía de pensión mínima, sin que fuera posible hacer proyecciones del derecho del accionante al depender de factores futuros e inciertos, tras lo cual éste tomó la decisión libre e informada de traslado al RAIS, sin que exista prueba de vicio del consentimiento o la presunta falta de información y solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 se puede exigir a la AFP herramientas financieras sobre las consecuencias del traslado, por lo cual la asesoría fue acorde a las exigencias validas para la fecha del traslado, a la vez que ha dispuesto canales de comunicación al afiliado que nunca usó el demandante. Interpuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación demandada, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica (pág. 199 a 213 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivo "*10. Audiencia 09.09.2020*" y "*11. Acta Audiencia 09.09.2020 - 2018-00697*").

El 09 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado efectuado por el señor FERNANDO RÍOS BARBOSA, el 1° de febrero de 1996, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.* ***TERCERO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.* ***CUARTO: CONDENAR*** *en COSTAS a OLD MUTUAL SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. Liquídense, con la suma de $900.000 a título de agencias en derecho, distribuidas a prorrata.* ***QUINTO: CONSÚLTESE*** *con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispuesto en el artículo 69 CPTSS. (...)".*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y que el demandante sigue afiliado al RPM.

Para resolver indicó que se acreditó que el demandante se traslado al RAIS en 1996 y luego realizó varios traslados de AFP, siendo que la H. CSJ ha indicado que la inversión de la carga de la prueba conlleva que la AFP deba acreditar que cumplió el deber de información y asesoría, sin que ello pueda inferirse de la calidad profesional del demandante como médico, demostrándose que se le explicó el tema de la pensión anticipada, rendimientos y beneficios tributarios de los aportes voluntarios pero no se acreditó que se explicaran las diferencias con COLPENSIONES, como se financias las pensiones en ambos regímenes y otras características del RAIS como que la edad de beneficiarios afecta el monto pensional o las reglas para

redimir el bono pensional, por tanto, declaró la ineficacia ya que si bien para la fecha del traslado no se debía presentar proyección pensional ello no implica que el abogado lego deba promover su propia asesoría, ordenando devolver los saldos sin descuentos por gastos de administración por parte de la última AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que la H. CSJ señala que cada caso merece un estudio particular y el demandante no tenía régimen de transición ni la expectativa legítima de pensionarse en el RPM, por tanto no aplica el precedente de la H. CSJ, así mismo, el demandante señaló que firmó de forma libre el formulario motivado por las ventajas del RAIS que no tenía el RPM luego de una asesoría del promotor de la AFP, siendo que para 1996 el deber de asesoría se cumplía al brindar una información general sin necesidad de proyecciones o indicar la diferencia de un régimen y otro y el actor es profesional que puede conocer sus deberes como consumidor financiero, además, su retorno al RPM desconoce la prohibición por edad y afecta la sostenibilidad financiera, no se demostró vicio del consentimiento, sin que sea procedente invertir la carga de la prueba[1] (02:02:14 archivo "10. Audiencia 09.09.2020").

---

[1] Su Señoría, por parte de COLPENSIONES me permito interponer recurso de apelación con respecto a los 3 procesos, teniendo en cuenta que si bien en los fallos de la H. Corte Suprema de Justicia traídos a colación por el Despacho la Corte ha declarado la ineficacia del traslado de los actores, lo cierto es que la misma en sentencias como la SL1452 de 2019 ha indicado que cada caso se debe estudiar de forma particular y con respecto a eso solicitó al honorable Tribunal estudiar de forma particular los casos aquí debatidos teniendo en cuenta que los demandante no son beneficiarios del régimen de transición ni tenían una expectativa legitima de pensionarse con mi representada, por lo que este asunto no es análogo a los estudiados por la Corte Suprema de Justicia, téngase en cuenta que al 1° de abril de 1994 la señora ADRIANA CASTRO tenía 33 años de edad y le restaban aproximadamente 24 años para alcanzar la edad de pensionada en el RPM, por su parte JUANA INÉS solo tenía 24 años de edad y 59 semanas cotizadas de las 1300 exigidas y FERNANDO RÍOS tenía 38 años de edad y no empezaba a cotizar en el ISS, lo cual se traduce que ninguno de los demandante tenía la expectativa legítima o régimen de transición que ha pretendido proteger la Corte Suprema de Justicia, por lo anterior téngase en cuenta que los demandantes se encuentran válidamente afiliados al RAIS al suscribir formularios de afiliación con las AFP demandadas y en sus interrogatorios de parte manifestaron que eligieron libremente dicho régimen porque le ofrecía ventajas que no evidenciaban en el RPM y aceptaron que al momento del traslado recibieron asesoría por parte de los promotores de las AFP, hecho con el cual quedó debidamente acreditado el deber de información pues para la fecha de los traslado en 1995 y 1996 la obligación de los fondos solo era la de brindar una información general y no se requería información adicional como proyecciones pensionales o indicar cual era la diferencia de un régimen y otro, también es dable tener en cuenta el nivel académico y profesional de los demandantes porque la Corte en sus precedentes también habla de la importancia de distinguir entre un afiliado experto y un afiliado lego y por el nivel académico de los demandantes debían tener cierta facilidad para conocer sus deberes como consumidores financieros y las consecuencias del negocio jurídico que estaban suscribiendo. Por lo anterior solicitó al honorable

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que la ineficacia del traslado solo procede cuando de forma dolosa se impide o atenta contra la libertad de selección de régimen y no se demostró la voluntad de la AFP de causar daño, siendo que el formulario lo firmó libremente el afiliado, traslado que estuvo supeditado a una asesoría previa y el formulario se presume autentico y no se le puede restar valor probatorio, sin que su traslado fuera inconveniente ya que apenas llevaba pocos años de vida laboral y no tenía régimen de transición y además permitió que la AFP manejara sus aportes lo cual reafirma su voluntad de permanecer en el RAIS y la jurisprudencia de la H. CSJ ha sido sobre casos de personas con régimen de transición y el demandante no lo tenía y no se causo un perjuicio claro o cierto que amerite aplicar dicho precedente, aceptando el afiliado las condiciones del régimen pensional que elige, siendo que hay salvamentos de voto de magistrados que indican que no se puede acceder indiscriminadamente a todas las pretensiones de ineficacia porque ello implica desconocer la voluntad del legislador y el demandante conocía las ventajas y desventajas del fondo privado al punto que se traslado entre 3 AFP y ello demuestra que estaba a gusto con la afiliación, además su retornó implica desconocer la restricción de traslado por edad, el cual es constitucional y busca proteger la estabilidad financiera de ambos regímenes en virtud de la prevalencia

---

Tribunal se aplique la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y se tenga en cuenta además que contrario lo manifestado por el Despacho es dable proteger el principio de sostenibilidad financiera del sistema ya que según la misma Corte Constitucional el objetivo perseguido con señalar el periodo de carencia es evitar la descapitalización del fondo común del RPM que se causa cuando se permite que todas las personas que no han contributivo al fondo común se trasladasen en cualquier tiempo, más cuando están próximos al cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez y reitero al honorable Tribunal que se tengan en cuenta todas las particularidades que expongo, ya que no solo estamos en asuntos que no son análogos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sino que además en estos asuntos se pudo determinar que los demandante no demostraron el vicio del consentimiento que alegaron y no era dable trasladar dicha carga de la prueba a las AFP demandadas porque ello solo opera cuando las circunstancias particulares del caso lo ameritan y no como ocurre con los aquí demandantes ya que solo se logró probar la falta de cuidado de estos como consumidores financieros en los términos del Régimen de Protección al Consumidor Financiero. En tal sentido dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

del interés general sobre el privado[2] (02:06:47 archivo "10. Audiencia 09.09.2020").

---

[2] Su Señoría, en el proceso 2018-00697 PORVENIR interpone recurso de apelación respecto de la declaratoria de ineficacia del traslado con PORVENIR. En esta instancia se indicó que se presenta el fenómeno de la ineficacia por falta de información, pero no procede la declaratoria de esta ineficacia porque de manera expresa la norma provee que para su declaratoria se deben dar actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, es decir, cuando sin duda se realizan actos con dolo para impedir o atentar contra la libertad del afiliado o respecto de su traslado, lo que supone la intención de causar daño y en este caso no se alegó ni acreditó el dolo por parte de mi representada y por el contrario se exhibe con claridad que el demandante firmó los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria. Ratifico también lo dicho en los alegatos de conclusión respecto de lo que se dijo en el interrogatorio de parte ya que se evidenció que el traslado si estuvo supeditado de una información. Manifestó el a quo que el expediente esta huérfano de prueba y que los formularios de afiliación carecen de elementos de juicio para determinar la información entregada y es que pese la inversión que se hizo de la carga de la prueba, no se puede compartir esa conclusión pues el formulario de afiliación no es un simple documento porque como lo reiteré en los alegatos en un documento público que se presume autentico y que en ese sentido no es dable restarle valor probatorio ni desconocer, luego mi representada cumplió de manera literal con las normas expedidas para el momento de la vinculación de la parte demandante, recordad que para el momento de la suscripción del formulario de afiliación en 1996 el demandante ya tenía semanas cotizadas al ISS, situación que a la luz del nuevo régimen pensional previsto en la Ley 100 de 1993 no lo excluía o exceptuaba o hacía inconveniente su traslado pues si vida laboral había iniciado pocos años atrás y por ello no era beneficiario del régimen de transición pensional, como lo manifestó la Juez, ni era posible proveer sus últimos años de vida y mucho menos cuales iban a ser sus ingresos, por eso es objetivamente demostrable que de forma libre durante el tiempo de vinculación con PORVENIR permitió que se le realizaran descuentos con destino al fondo que represento, conducta que conforme la línea que ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral debe considerarse como la verificación de la voluntad del afiliado y se concluye así que su voluntad inequívoca era permanecer en ese régimen y para traer un ejemplo la sentencia con radicado 47236 del 06 de abril de 2016. Como bien lo manifestó la señora Juez, hay una línea jurisprudencial bien conocida por todos, pero también es bien conocido que todas están sentencias fueron estudiadas con actores amparados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y si bien se ha dicho que no importa si tiene régimen de transición o no, vuelven y lo estudian con personas que tienen régimen de transición, luego no hay una identidad fáctica con el caso que ahora nos ocupa, máxime si consideramos que en las sentencias SL1452 de 2019 el magistrado Rigoberto Echeverri aclaró voto porque la ineficacia del traslado no se previa de manera automática en todos los casos porque se deben estudiar esas falencias y tipos de información que hubieran podido producir un perjuicio claro y cierto y es que estas personas se le producía el perjuicio claro y cierto porque estaban amparadas por el régimen de transición pero en el presente caso el demandante no esta amparado por ese régimen y se insiste que el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por las que optó, máxime cuando el decidió retornar nuevamente a PORVENIR y debe evaluar si puede verse perjudicado o beneficiado por factores como la fluctuación del mercado del trabajo, la evolución del salario y otras variables que bien pueden acarrearle mayores o menores réditos. Como bien indicó la señora Juez, hay una sentencia de tutela de este año radicado 5912 del 13 de mayo, pero nuevamente el magistrado Jorge Luís Quiroz Alemán salvó voto diciendo que tampoco considera que se puede acceder de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia del traslado con fundamento en una falta de información, pues de hacerse de esa manera sin estudiar cada solicitud se esta creando un sistema legal no establecido por el ordenamiento jurídico en tanto el legislador garantizó la libertad de selección pensional en cabeza del afiliado, ahora no se consideró y se dejó de lado que el demandante regresa de manera libre y voluntaria a PORVENIR y no es posible, como lo ratifiqué en los alegatos de conclusión que se pueda alegar una falta de información porque una cosa es trasladarse entre fondos privados y otra distinta decidir retornar al mismo fondo inicial del que se depreca la ineficacia, siendo un actuar demostrativo de que conocía plenamente las ventajas y desventajas del fondo privado y que no solo se le brindó información por parte de PORVENIR, ya que el se trasladó a otros 2 fondos que eran PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, lo que demuestra que de manera consciente estaba a gusto con la afiliación y que más estaba a gusto con la primera afiliación y por eso regresa a PORVENIR y es que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto de eso y cuando eso pasa no se podría decretar la ineficacia del traslado. Por otra parte el demandante esta inmerso en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, cosa que inclusive el mismo reconoce en su interrogatorio de parte, norma que fue sometida a control previo de la Corte Constitucional y conforme la sentencia C-1024 de 2004 fue declarada exequible previendo aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del Sistema General de Pensiones por un lado y con la no descapitalización del RPM y con el principio de estabilidad del RAIS en lo financiero, por tanto, no es dable que el demandante se escude en una presunta falta de información por mi representada únicamente porque con el pasar del tiempo el plan de pensión no resulta acorde con sus aspiraciones. En ese sentido solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la sentencia de instancia y en su lugar absolver a mi representada, muchas gracias.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por la omisión del deber de información por parte de la AFP conforme las reglas legales y jurisprudenciales aplicables al caso; por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** reiteró su solicitud de revocar el fallo porque el demandante se afilió voluntariamente al RAIS, se traslado a otras AFP en vez de retornar al RPM, siendo improcedente su retorno por la restricción por edad y afectación a la sostenibilidad financiera, máxime cuando no se demuestra ningún vicio del consentimiento; finalmente, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo y absolver de toda condena, pues no se acreditó vicio del consentimiento, no conducta dolosa de la AFP ni las causales del artículo 899 CCO, además también informó sobre el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 en un diario nacional y los traslado de AFP ratificaron la voluntad de permanecer en el RAIS y le permitieron recibir información adicional a la que brindó la primera AFP, en todo caso, indicó que de mantenerse la condena no se deben retornar gastos de administración en virtud del literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, siendo que las restituciones mutuas con llevan a devolver los aportes y rendimientos y nada más, porque la AFP devengó las mismas como contraprestación por su gestión y para pagar seguros provisionales y ese porcentaje no financia la pensión de vejez y es prescriptible y si se ordena la devolución genera un enriquecimiento sin causa, reiterando que se debe estudiar el caso concreto porque no procede la declaración masiva de ineficacias.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66ª y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer la procedencia de revocar o modificar la sentencia de primera instancia, para lo cual se debe determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS por su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **FERNANDO RÍOS BARBOSA** nació el 07 de septiembre de 1955 (pág. 22 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*"); ***ii)*** el demandante se afilió al ISS del 1° de febrero de 1995 al 29 de febrero de 1996 cotizando 49,57 semanas (archivo "GRP-SCH-HL-66554443332211_1414-20190205111403" carpeta "*02. Expediente administrativo CD Fl. 106*"); ***iii)*** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 29 de enero de 1996, el cual se hizo efectivo el 1° de febrero de 1996 (pág. 214, 217 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*"); ***iv)*** el demandante se traslado a la AFP COLMENA el 24 de agosto de 1999, movimiento que se hizo efectivo el 1° de octubre de 1999, luego retornó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 25 de septiembre de 2003 efectivo el 1° de noviembre de 2003 y finalmente se trasladó a **SKANDIA S.A.** el 27 de abril de 2005, AFP en donde

permanece y donde acumula 1565 semanas a junio de 2019 (pág. 158 a 170, 215 y 217 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*").

- **Fundamentos Normativos sobre el Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 ibídem, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Por su parte, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *"información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin*

que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever".

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"*, y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó el traslado del saldo de la CAIP a **COLPENSIONES** y condenó en costas a las AFP demandadas.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver gastos administrativos, por cuanto éstos se efectuaron por autorización legal, son aplicados en el RPM y son la contraprestación por la gestión de los recursos de la demandante.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la H. CSJ ha indicado que cada caso requiere un caso particular y el demandante no tenía régimen de transición ni una expectativa legitima, por lo cual no le aplica el precedente jurisprudencial, además el demandante indicó que se traslado voluntariamente al RAIS considerando ventajas que no tenía el RPM luego de una asesoría y para 1996 el deber de asesoría se cumplía con brindar información general, sin que sea valido que el actor pretenda desconocer sus deberes como consumidor financiero su retornó al RPM desconoce la prohibición por edad, afecta la sostenibilidad financiera, no procede la inversión de la carga de la prueba y no se demostró ningún vicio del consentimiento.

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Alegó que la ineficacia solo procede si con dolo se impide o atenta contra la libertad de selección de régimen y no se demostró que la AFP tuviera esa voluntad, que el demandante firmó voluntariamente el formulario previa asesoría, siendo dicho documento autentico, que el traslado no fue inconveniente porque el actor tenía pocos años de vida laboral y no tenía régimen de transición, quien permitió a la AFP manejar sus aportes y se traslado a 3 AFP, lo cual demuestra que estaba a gusto con su afiliación al RAIS y por ello asumió las condiciones de dicho régimen, sin que sea válido declarar

indiscriminadamente la ineficacia y permitir su retorno al RPM desconociendo la restricción por edad y la sostenibilidad financiera de ambos regímenes pensionales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios sobre la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus

características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, a la vez que la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 29 de enero de 1996 (pág. 214, 217 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*") y los posteriores traslados a la AFO COLMENA del 24 de agosto de 1999, retornó a **PORVENIR S.A.** el 25 de septiembre de 2003 y posterior traslado a **SKANDIA S.A.** el 27 de abril de 2005 (pág. 214, 217 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*" (pág. 170, 215 y 217 archivo "*01. Expediente digitalizado 2018-00697*"), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Si bien el demandante durante su interrogatorio hizo referencia a conceptos como la posibilidad de pensión anticipada, rendimientos y aportes voluntarios para obtener beneficios tributarios (20:21, 29:18, 32:33 archivo "*10. Audiencia 09.09.2020*"), dichas manifestaciones no evidencian el conocimiento completo sobre las principales características del RAIS, tales como que la pensión se construye sobre el ahorro, el monto aproximado para causar una pensión mínima y que este aumenta o disminuye por efectos de la rentabilidad, las reglas para

la redención del bono pensional, que la edad de los beneficiarios incide en el valor de la mesada, las modalidades de pensión en el RAIS, la distribución del aporte, entre otros aspectos, así mismo, tampoco se acreditó que se hubiera hecho una comparación entre el RAIS y el RPM, al punto que el accionante contestó que el requisito para pensionarse en el RAIS es tener semanas (37:34 archivo "*10. Audiencia 09.09.2020*"), lo cual evidencia un total desconocimiento sobre las características de dicho régimen.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **SKANDIA S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de que los gastos de administración y comisiones sean retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, que reiteraron la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM en virtud de la ineficacia del traslado con cargo a los propios recursos de la AFP, pues dichos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En cuanto la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación del demandante **FERNANDO RÍOS BARBOSA**, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FERNANDO RIOS BARBOSA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 36 2018 00697 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta **aclaración de voto**, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0176-2021
Radicado N° 38-2016-00776-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA** contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó al reembolso de $47.688.662 por concepto de prestaciones otorgadas a 36 afiliados, indexación desde el mes en que se efectuó el último pago a cada afiliado y costas (fl. 871, 01:09:01 cd fl. 868).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 95 a 168).**

La ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. solicitó declarar que asumió los riesgos laborales de los 36 afiliados relacionados en la demanda y condenar a la demandada al reembolso de los gastos por prestaciones económicas y asistenciales pagadas, así como de las que se sigan causando a favor de dichos afiliados a prorrata del tiempo de asunción del riesgo, indexación, intereses

moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que la ARL demandada debe asumir los riesgos laborales de sus afiliados y constituir una reserva de enfermedad laboral con destinación única de asumir los recobros que le efectúan las demás ARL. Aseguró que **POSITIVA** ha pagado reembolsos a **COLMENA** sin requerir proceso judicial por $1.857.010.089, pese lo cual dicha ARL se ha negado a pagarle los recobros que le presenta. Informó que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a partir del 1° de marzo de 2013, traslado sus trabajadores de la **ARL COLMENA** a **ARL POSITIVA**; que durante el periodo de cobertura de la ARL demandada, los servidores de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, estuvieron expuestos a riesgos ergonómicos y/o psicosociales, siendo diagnosticados con afectaciones de salud y calificadas de origen laboral, pero como consecuencia del traslado de ARL, le correspondía a ARL **POSITIVA** asumir el pago de las prestaciones económicas y asistenciales, siendo procedente el reembolso solicitado.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (298 a 425, 451 a 456).**

RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la asunción de riesgos laborales y la constitución de una reserva por enfermedad laboral; igualmente, admitió que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se trasladó de ARL **COLMENA** a ARL **POSITIVA** a partir del 1° de marzo de 2013; que los 36 afiliados relacionados en la demanda estuvieron afiliados a la ARL demandada hasta el 28 de febrero de 2013. Indicó que no le consta las calificaciones de origen alegadas por la ARL demandante; como tampoco que la existencia y evolución de las presuntas enfermedades hubiera ocurrido únicamente durante el tiempo de afiliación y cobertura de **COLMENA**; alega que el demandante no acreditó que dichos afiliados hubieran necesitado y recibido las prestaciones asistenciales del Sistema de Riesgos Laborales y que **POSITIVA**

tampoco probó el pago de las presuntas atenciones asistenciales recobradas conforme el artículo 1° de la Ley 776 de 2002.

Agrega que a través del mecanismo de *compensación y/o indemnización de la mayor siniestraliedad* adoptado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 2509 de 2015, la **ARL COLMENA** ya pagó $16.281.339.000 por los efectos económicos derivados de la concentración del riesgo de mercado por prestaciones a favor de **POSITIVA** causada entre el 1° de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, sin que tampoco proceda la condena a intereses a mora porque la demandante no constituyó en mora a la demandada y es razonable la ausencia de pago por la ausencia de pruebas. Interpuso las excepciones de inexistencia de los presupuestos para el recobro, doble indemnización de un mismo perjuicio, improcedencia del cobro de intereses moratorios y costas procesales, incompatibilidad entre intereses moratorios e indexación, pago y compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 871, 01:09:01 cd fl. 868).

El 31 de enero de 2019, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: CONDENAR*** *a RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA O COLMENA SEGUROS S.A. a realizar el reembolso a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. del importe, en la proporción que le corresponde, de las prestaciones pagadas a los trabajadores y en los montos que se exponen a continuación: JAQUELINE SARMIENTO ESCOBAR CC 40.391.339 $803.817, MARÍA CIFUENTES CRISTANCHO CC 28.177.652 $2.513.667, MARÍA CONSUELO LÓPEZ JIMÉNEZ CC 22.399.615 $2.421.812, JORGE ENRIQUE PRIETO RICO CC 13.464.673 $1.047.511, YESID MARTIN QUIJANO CC 17.308.956 $2.375.057, PEDRO ALFONSO ESPINOSA GRANADOS CC88.155.189 $1.518.748, MARÍA ANTONIA QUINTERO AMAYA CC 39.642.177 $175.050, SOCORRO FLECHAS DÍAZ CC 23.555.725 $1.831.860, AURORA CONTRERAS PÉREZ CC 52.064.566 $1.135.034, KATRINA RIAÑO MARTÍNEZ CC 45.484.349 $1.047.973; BETTY LEONARDA*

PÉREZ PENA CC 34.551.684 $943.500, SANDRA VICTORIA CASTAÑEDA RODRÍGUEZ CC 51.987.396 $767.178, ZAIRA ROSA TORRES REDONDO CC 40.912.011 $1.732.728, ALEJANDRO VIEDMA VIEDMA CC 6.751.974$ 1.920.180, DIANA JAQUELIN BEJARANO CC 51.967.703 $212.760; CLARA LILIANA MARTÍN PEÑA CC 52.692.471 $435.010, MARCO ANTONY ANGARITA PARRA CC 79.261.703 $150.000, GABRIEL CARDONA NIETO CC 19.301.145 %633.076, MARGARITA ROSA ARRAZOLA BERROCAL CC 36.564.761 $491.636, MARITZA ISABEL FLÓREZ GUILBO CC 36.545.924 $146.200, SANDRA LEILA BARRAGÁN LOMBANA CC 41.595.010 $788.172, OMAIRA CABANZO FRADE CC 21.234.423 $216.380, GLORÍA LUCIA CUELLAR NÚÑEZ CC 41.790.789 $3.134.116, MARÍA JIMENA PERDOMO SEFAIR CC 39.557.266 $25.034, LUIS FERNANDO OSORIO MURILLO CC75.039.171 $61.164, AZUCENA RAMÍREZ CC 63.480.262 $115.385, CARLOS FERNANDO CEPEDAYROCA MACÍAS CC 8.175.064 $7.038.084, RITA VANEGAS SÁNCHEZ CC 35.325.503 $3.561.231, ALBERTO ARENAS MARTÍNEZ CC 13.847.387 $2.898.491, FABIOLA VÁSQUEZ MARTÍNEZ CC 39.531.474 $3.366.198, MARÍA ALBA LÓPEZ GIRALDO CC 25.243.867 $3.016.890, NELLY LEONOR GÓMEZ MONTERO CC 36.488.766 $118.554, MARIO BENEDICTO QUIÑONES BEDOYA CC 93.641.199 $291.354, JANETH ALEJANDRA PÉREZ CARRASCAL CC 32.732.341 $311.154, CRISTIAN VILLABONA PÉREZ CC 13.847.579 $277.844, ALBA LUCÍA LÓPEZ RINCÓN CC 21.421.698 $165.814, total condena $47.688.662. ***SEGUNDO: EXCEPCIONES:*** *dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto a la condena infligida y se considera relevado del estudio de las planteadas respecto de la absolución producida frente a los intereses moratorios.* ***TERCERO: INDEXACIÓN:*** *teniendo en cuenta que se dispuesto el pago de los valores sufragados en años anteriores a la presentación de la demanda, las sumas respectivas deberán ser indexadas, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la siguiente formula de índice final sobre índice inicial por el valor histórico, Tomando como índice inicial el del mes en que se verificó el último pago respecto de cada uno de los afiliados y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la demandada.* ***CUARTO: COSTAS*** *lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $4.000.000 a favor de la parte demandante. (...)"*

El Juez de primera instancia fijó el problema jurídico sobre los hechos no aceptados de la demanda para determinar la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que se allegaron al expediente las calificaciones de pérdida de capacidad laboral o de origen, certificado de afiliación, facturas y certificado de revisoría fiscal de cada uno de los 36 afiliados relacionados en la demanda; teniendo en cuenta que el Parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002 y el artículo 5 del Decreto 1771 de 1994, establecen que las prestaciones deben ser reconocidas por la ARL que tiene la cobertura al momento en que son requeridas, la cual puede repetir contra la ARL proporcionalmente al tiempo de afiliación, por lo que la acción de recobro procede si se acredita que el afiliado sufre una enfermedad laboral, que se pagó una prestación a favor del afiliado por la ARL recobrante y la afiliación en dos (2) o más ARL, indicando que se demostró que todos los afiliados relacionados en la demanda sufrieron una enfermedad laboral, así como el monto pagado por **POSITIVA,** a través de factura o de certificado del revisor fiscal que tiene presunción de veracidad conforme el artículo 207 CC y la Ley 43 de 1990, por lo cual condenó a **COLMENA** al reembolso de forma proporcional según el tiempo de exposición anterior al dictamen de origen, pues una vez determinado el origen del riesgo pasa a ser cierto lo cual impide el aseguramiento conforme el artículo 1054 CC, así mismo,

Concluyó que no procede la compensación frente el mecanismo de compensación monetaria entre ARL prevista en el Decreto 2509 de 2015 y aplicado entre las partes mediante Resolución 5619 de 2015, ya que el monto a compensar se fijó considerando el índice de siniestralidad sin tener en cuenta el historial de los afiliados en distintas ARL, por lo que la finalidad de las normas invocadas, pues el recobro sí considera la cobertura del riesgo en el tiempo en un caso puntual, mientras la compensación solo considera el grado de siniestralidad. Declaró no probada la prescripción porque no pasaron tres (3) años entre el pago de las prestaciones y la radicación de la demanda; no accedió a los intereses moratorios ante la ausencia de norma que los consagre en el recobro entre ARL sin que sea valido acudir a la analogía con el sistema de pensiones o salud y por ello accedió a la indexación.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA** solicitó revocar el fallo y absolver de todas las pretensiones. Indicó que el *a quo* concluyó erróneamente que para avalar el recobro basta con demostrar la enfermedad laboral, el pago de prestaciones y la afiliación a dos (2) o más ARL, pasando por alto que también debe probarse el nexo causal entre patología y exposición al riesgo durante la cobertura de la ARL demandada; así mismo, alegó que es erróneo calcular la proporcionalidad con el lapso anterior a la emisión del dictamen bajo el supuesto de negar la exposición al riesgo con posterioridad al mismo, posición errada que implica eliminar la proporcionalidad ya que la ARL que recibe al afiliado luego del dictamen se beneficia del pago de la prima y al tiempo recobra el 100% de las prestaciones a la ARL anterior.

En relación con las pruebas, indicó que no comparte la valoración efectuada por el *a quo,* por indebida apreciación teórica de los presupuestos del recobro, pues ARL **POSITIVA** no demostró que las facturas se hubieran pagado por los usuarios indicados en la demanda y los servicios cobrados estuvieran relacionados con la patología alegada, pues no demostró su nexo causal, más aún si 10 afiliados no reportaron enfermedad laboral durante su afiliación a **COLMENA**, sin que el solo dictamen acredite dicho nexo causal y frente ALBERTO ARENAS, FABIOLA VÁSQUEZ, MARÍA ALBA LÓPEZ y JANETH ALEJANDRA PÉREZ CARRASCAL se demostró que luego de la calificación fueron diagnosticados con otra enfermedad causada por un riesgo distinto al alegado y eso conlleva que las prestaciones asistenciales derivadas de ese hecho sea diferentes a las necesarias para atender la primera patología calificada durante la cobertura de **COLMENA**; finalizó solicitando la compensación ya que el pago que

hizo a la demandada por siniestralidad incluye las prestaciones que ahora demanda **POSITIVA**[1] (01:09:01 cd fl. 868).

---

[1] Respetuosamente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser notificada con base en los siguientes argumentos. En primer lugar, las consideraciones teóricas y la interpretación legal que el Despacho hace sobre la aplicación y presupuestos legales necesarios para la procedencia de la acción de recobro que aquí se resuelve, resulta a mi juicio en una grave y equivocada interpretación de la norma en la medida que el Despacho entiende que únicamente con los presupuestos de enfermedad laboral, pago de prestaciones a cargo de la ARL y la afiliación a 2 ARL o más se encuentran acreditados los presupuestos legales para la procedencia e la acción de recobro, sobre este particular solicitó a los magistrados del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. que revisando la norma que dio origen a esta acción se declare absoluta obligatoriedad de los presupuestos referentes al nexo de causalidad de la prestación cuyo recobro se pretende con la patología que le fue dictaminada o diagnosticada a cada uno de los afiliados así como el nexo de causalidad de dicha patología con la exposición al riesgo que tuvo ese afiliado en la ARL frente la cual se formula el recobro, en esa medida, no existe un estudio técnico o un fundamento legal, jurisprudencial o de ninguna fuente que sustente la validez de un recobro únicamente con la existencia de una enfermedad laboral, el pago de la prestación y la afiliación a 2 ARL como a mi juicio equivocadamente lo sostiene el Juzgado de primera instancia, que con eso encuentra cumplidos los presupuestos legales para la procedencia de la acción sin verificar en detalle la absoluta obligatoriedad de las relaciones de causalidad, que son las que justifican de fondo el principio teológico de la norma que es distribuir proporcionalmente entre las ARL que participaron y recibieron así mismo como contraprestación la cotización de los afiliados, distribuir entre ellas de forma proporcional a dichas cotizaciones y al tiempo en que estuvieron recibiendo dichas cotizaciones el pago de dichas prestaciones, es básicamente distribuir el pago de la siniestralidad con base en todas las aseguradoras que recibieron las primas para asegurar esos riesgos, en esa medida, respecto de la interpretación legal que hace el operador de primera instancia se desconoce por completo la lectura practica de los presupuestos legales para la procedencia de la acción. En segundo lugar, con relación a la aplicación de la proporcionalidad, respetuosamente solicitó al Tribunal pronunciarse en la medida que el Despacho aplica una proporcionalidad considerando y contemplado exclusivamente el tiempo trascurrido con anterioridad a la emisión del dictamen de origen con el argumento que con posterioridad a la emisión de dicho dictamen no existe riesgo y por ende no existe seguro, sostener ello sería lo mismo que la ARL que posteriormente recibe al afiliado y que es la que formula el recobro hacia las ARL anteriores no recibe la prima derivada de ese seguro, lo cual es evidente que no se cumple y en el caso concreto la norma que establece esta norma de recobro contenida en el artículo 1° de la Ley 776 de 2002 pretende una distribución proporcional y coherente entre las ARL que han soportado de manera conjunta un riesgo en el trascurso de un periodo de tiempo determinado y completo, la proporcionalidad en el caso que nos ocupa resulta prácticamente que nula porque en todos los afiliados se aplica una proporcionalidad a cargo de mi representada del 100% a excepción de 5 afiliados que se les aplica una proporcionalidad del 98, 97, 95, 94 y 98% de responsabilidad a cargo de mi representada, lo anterior considerando además que la ARL POSITIVA que formula el recobro recibe permanentemente las cotizaciones para riesgos laborales por parte de estos afiliados, en esta medida se desconoce el sentido de la norma con la aplicación de la proporcional conforme la fecha de emisión del dictamen porque de hecho sostener lo contrario implicaría que una ARL en la cual se emita un dictamen de calificación de origen y ese afiliado se transfiera a otra ARL, la ARL que lo recibe tendría el derecho a cobrarle su cotización todos los meses y adicionalmente todo lo que le tenga que pagar por concepto de cotización cobrárselo a la ARL y en ese sentido no habría proporcionalidad, lo cual desconoce los principios elementales y fundamentales sobre los cuales esta esgrimido el Sistema General de Riesgos Laborales y además sería inviable económicamente el sistema para aquella ARL que estuviera de primera, no habría una proporcionalidad sino que la ARL posterior a la emisión del dictamen recibiría el 100% de los aportes y no tendría que pagar siniestros nunca, en esa medida esa no puede ser la proporcionalidad que se le tiene que entender a la norma y se debe distribuir con base en el cobro efectivo de primas y en el cobro efectivo de aportes que POSITIVA ha venido realizando a cada uno de sus 36 afiliados, cobros que debe afectar contra su siniestralidad como cualquier seguro en los términos que expone el Juzgado de primera instancia. Adicionalmente quisiera sustentar el recurso de apelación con base en una indebida valoración probatoria derivada de la indebida interpretación teórica de los presupuestos necesarios para el reconocimiento del recobro, en la medida que dentro de la valoración probatoria el Juzgador de primera instancia encuentra probadas las pretensiones formuladas y los pagos con base principalmente en el pago de facturas y certificados de la revisoría fiscala, así como con la demostración hayan estado alguna vez afiliados alguna vez a las ARL involucradas al interior del proceso, sobre ese particular es pertinente también manifestar que no se requiere únicamente de eso para hacer procedente la acción, para que la acción sea procedente se requiere también probar que esas facturas se pagaron a los afiliados que dice la ARL que recobra que dice que se las pagos y que se las pago por concepto de la prestación por la cual dice que se las pagos y que además esa prestación fue derivada de esa patología que también deben compartir con la ARL a la que le esta efectuado el recobro, pruebas que sobre ese nexo de causalidad no existen al interior del proceso

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de la demandante **POSITIVA S.A.** sustituyó poder al Dr. Jorge Andrés Quintero Lee, identificado con CC 80.074.498 y T.P. 190.163 del C.S.J., a quien se le reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo de primera instancia y costas en segunda instancia, por cuanto el mecanismo de compensación no reemplaza el recobro entre ARL, los dictámenes de calificación de origen constituyen prueba técnico científica de la exposición al riesgos y también se acreditó que la ARL demandante hizo el pago efectivo de las prestaciones recobradas.

---

y por lo cual no se puede acreditar con certeza, no hay un sustento probatorio documental ni de ningún otro orden que permita como lo hace el Juzgado de primera instancia entender probado el derecho de la demandante a recobrar en contra de mi demandada prácticamente el 100% de las prestaciones que se hayan relacionadas en cada uno de los 36 afiliados involucrados en la demanda. Adicionalmente solicitó la H. Tribunal considerar las alegaciones expuestas en primera instancia, en la cual se hizo una particular referencia a 10 afiliados que ni siquiera tuvieron reporte de enfermedad laboral al interior de mi representada COLMENA SEGUROS en el periodo en que mi representada los tuvo asegurados administrando sus riesgos laborales, en esa medida, no existiría posibilidad alguna de condenar por concepto de dichos afiliados a mi representada a pagar absolutamente ningún reembolso a la aquí demandante y sobre el particular y refiriéndonos a la valoración probatoria, se debe hacer un examen de pertinencia en la medida que la emisión de un dictamen de origen, por si sola no acredita con suficiencia que la prestación que se encuentra recobrando sea procedente prácticamente de cualquier enfermedad, existen varios afiliados de los 36 como ALBERTO ARENAS, FABIOLA VÁSQUEZ, MARÍA ALBA LÓPEZ y JANETE ALEJANDRA PÉREZ CARRASCAL en los que es evidente que si bien sí hubo una calificación de origen dentro de la administración de riesgo de mi representada, posteriormente dichos trabajadores sufren otra enfermedad laboral distinta derivada de otra exposición a riesgo distinta y cuya atención requiere prestaciones asistenciales de otra naturaleza que si no se acredita la pertinencia y el nexo de causalidad con la patología verdaderamente identificada y reconocida dentro de la administración de mi representada no existe fundamento fáctico legal necesario para sustentar el recobro que aquí se formula. Por todo lo anterior, muy respetuosamente solicitó al Tribunal superior de Bogotá D.C. que se pronuncie sobre estos puntos y se sirva revocar la sentencia proferida en primera instancia para en primer lugar determinar desde cuando y con que criterio y con que fundamento legal se establece la proporcionalidad de la acción de recobro en este tipo de procesos, cuales son los presupuestos legales necesarios para encontrarla procedente, cuales son las pruebas pertinentes para acreditar no solamente el pago efectivo de las prestaciones sino su pertinencia médica y su relación de causalidad con la patología y la exposición al riesgo y en esa medida se sirva exonerar a mi representada de todas aquellas prestaciones cobradas al interior de este proceso que no cumplen con los requisitos y parámetros legalmente exigidas para ello. Por último y para finalizar, con relación a la compensación y al análisis que hace el Juzgador de primera instancia, también respetuosamente solicitó al Tribunal revocar dicha decisión considerando que si bien es cierto que se hizo un análisis en el que POSITIVA distribuyó su índice de siniestralidad en un solo periodo, dentro de dicho monto aún así encuentre fuentes distintas, así encuentre una fuente reglamentaria del Gobierno versus una acción legal de la acción de recobro que es universal, permanente y que las ARL ejecutan todos los días, se hacen recobros de exactamente los mismos siniestros, los mismos pagos, las mismas facturas y los mismos valores, no existen sumas distintas por las cuales POSITIVA recobre a COLMENA en este tipo de procesos unas prestaciones y en la compensación de Decreto este compensando otras prestaciones, son exactamente las mismas prestaciones y en esa medida deberá forzosamente declararse la compensación y pago efectivo de la obligación porque de lo contrario se esta condenando a mi representada a pagar 2 veces los mismo, lo cual no se compadece con ningún principio legal y jurisprudencial que gobierne la seguridad social y nuestro ordenamiento jurídico en general. Muchas gracias.

Por su parte, el apoderado principal de la demandada **COLMENA S.A.** solicitó revocar el fallo conforme los puntos apelados, alegando que el mecanismo de compensación extinguió cualquier obligación objeto de recobro, no hay prueba técnico científica de exposición a riesgos ocupacional durante la vinculación a la ARL demandada y las enfermedades que dan lugar a las prestaciones recobradas no fueron registradas durante la vinculación con la pasiva, sin que haya prueba de que el supuesto riesgo ocupacional haya ocurrido exclusivamente en afiliación de **COLMENA S.A.** y además no hay certeza de que **POSITIVA** haya efectuado el pago de los conceptos recobrados ni acredita los presupuestos para configurar la acción de recobro entre ARL.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a resolver el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer sí **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA** esta obligada a reembolsar, en proporción al tiempo de exposición al riesgo de cada uno de los trabajadores relacionados en la demanda, a **ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, el valor de prestaciones asistenciales por enfermedad laboral pagadas con posterioridad al 1° de marzo de 2013.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existe controversia de que: ***i)*** la demandante **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** y la demandada **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA** actúan como administradoras de riesgos laborales; ***ii)*** **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA** cubrió los riesgos laborales de los servidores públicos de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN entre el 1° de enero

de 1996 y el 28 de febrero de 2013 (fl. 457 a 495) ***iii)*** el 1° de marzo de 2013 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN trasladó la gestión y asunción de los riesgos laborales de sus servidores públicos a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** (fl. 96, 305).

- **Sobre la Acción de Repetición en Favor de la ARL que Asume las Prestaciones por Enfermedad Laboral.**

El Parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002 y el artículo 5° del Decreto 1771 de 1994, compilado en el artículo 2.2.4.4.5 del Decreto 1072 de 2015, consagran el deber de pagar las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral por la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) a la cual este afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial o de adquirir el derecho a la prestación económica.

El inciso 2° del Parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, establece concretamente que la administradora de riesgos laborales que sufrague las prestaciones económicas y asistenciales de los trabajadores objeto de cobertura, podrán repetir contra aquellas que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, es decir, proporcionalmente según el valor pagado y el tiempo de exposición al riesgo por parte del afiliado. El segmento normativo en cita señala textualmente lo siguiente:

> *"...Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura..."*

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* condenó al reembolso de $47.688.662 por concepto de prestaciones otorgadas por **POSITIVA S.A.**, a 36 servidores públicos afiliados e indexación desde el mes en que se efectuó el último pago a cada afiliado y costas.

El apoderado de la demandada **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas. Afirmó que para ordenar el recobro no basta con demostrar la enfermedad laboral, el pago de prestaciones y la afiliación a dos o más ARL, pues adicionalmente se debe probar el nexo causal entre la patología y la exposición al riesgo durante el periodo de cobertura de la ARL demandada; igualmente, alega que no se debe calcular la proporcionalidad teniendo en cuenta solamente el tiempo previo a la emisión del dictamen; agrega que hubo indebida apreciación probatoria y teórica de los presupuestos del recobro por cuanto **POSITIVA** no demostró el nexo causal entre la enfermedad profesional y el recobro; como tampoco, entre la patología y la exposición al riesgo; que diez (10) afiliados relacionados en la demanda no reportaron enfermedad laboral durante su afiliación a **COLMENA** sin que el solo dictamen pueda acreditar dicho nexo causal; además que frente a tres (3) afiliados se dieron prestaciones por una enfermedad diferente a la calificada inicialmente por **COLMENA**; finalmente, solicitó declarar la compensación con el pago que hizo a la demandada por siniestralidad en virtud del Decreto 2509 de 2015.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante tener en cuenta que el Parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002 y el artículo 5° del Decreto 1771 de 1994, compilado en el artículo 2.2.4.4.5 del Decreto 1072 de 2015, consagran que las prestaciones por enfermedad laboral las asume la ARL donde está afiliado el usuario al momento de requerir la prestación asistencial o adquirir el derecho a la prestación económica, pudiendo dicha ARL repetir el valor pagado contra las ARL que asumieron ese riesgo con anterioridad a prorrata del tiempo de protección, esto es, proporcionalmente al valor pagado y el tiempo de exposición al riesgo.

Del estudio de los anteriores requisitos se infiere razonablemente que para que proceda el recobro entre ARL debe demostrarse: ***i)*** la existencia de una enfermedad laboral; ***ii)*** que en virtud de esa enfermedad laboral la ARL recobrante cancele una prestación; ***iii)*** que

el tiempo de exposición al riesgo que generó esa enfermedad laboral abarque el tiempo de cobertura de la ARL frente a la cual se hace el reclamo.

En cuanto los requisitos formales que deben contener la solicitud de recobro entre ARL, debe precisarse que ante la ausencia de normas que los establezcan expresamente, debemos remitirnos a los establecidos en el artículo 4° del Decreto 1771 de 1994, pues no solamente están orientados a garantizar la adecuada administración, destinación y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social acorde con el artículo 48 de la Constitución Política, sino a suplir un vacío regulatorio en los términos previstos por el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, artículo 30 del Código Civil, Sentencia C-083 de 1995 y C-284 de 2015.

Dichos requisitos son los siguientes: ***i)*** razón social y NIT del recobrante; ***ii)*** nombre e identificación del afiliado; ***iii)*** nombre o razón social y NIT del empleador; ***iv)*** número de historia clínica, su ubicación, diagnóstico y tratamiento del afiliado; ***v)*** valor de los servicios prestados al afiliado junto con la cuenta de cobro presentada por la IPS donde se especifiquen los procedimientos y servicios prestados. Estas exigencias son similares a los previstos para otros eventos, como los recobros de tecnologías en salud a la ADRES, en los que la EPS recobrante debe demostrar que pagó a la IPS el servicio a través de factura o documento equiparable y la conexidad entre el servicio y la tecnología ordenada médicamente.

Determinados los requisitos sustanciales y formales de los recobros entre ARL, procede la Sala a resolver los reproches del apelante, quien afirma que el *a quo* equivocadamente concluyó que basta demostrar la enfermedad laboral, el pago de prestaciones y la afiliación a dos (2) o más administradoras de riesgos laborales, sin que se requiera demostrar el nexo causal entre patología y exposición al riesgo durante la cobertura de la ARL anterior; y que no es correcto

calcular la proporcionalidad considerando solo el tiempo anterior a la expedición del dictamen.

Reiterando que la legitimidad del cobro se fundamenta en: ***i)*** la existencia de una enfermedad laboral; ***ii)*** que en virtud de esa enfermedad laboral la ARL recobrante hubiere pagado una prestación económica o asistencial; ***iii)*** que el tiempo de exposición al riesgo que generó esa enfermedad laboral abarque el tiempo de cobertura de la ARL a la cual se hace el reclamo; y que desde el punto de vista formal se requiere acreditar: ***i)*** la razón social y NIT de la entidad recobrante; ***ii)*** nombre e identificación del afiliado; ***iii)*** nombre o razón social y NIT del empleador; ***iv)*** número de historia clínica, su ubicación, diagnóstico y tratamiento del afiliado; ***v)*** valor de los servicios prestados al afiliado junto con la cuenta de cobro presentada por la IPS donde se especifiquen los procedimientos y servicios prestados, para concluir que en efecto el *a quo* aplicó indebidamente los presupuestos legales y reglamentarios para condenar al pago de prestaciones asistenciales.

Para determinar el tiempo de exposición al riesgo del afiliado, es necesario acudir a la información contenida en los dictámenes de calificación de origen o de determinación de pérdida de capacidad laboral, conforme lo dispone el artículo 2.2.5.1.28 del Decreto 1072 de 2015, pues según esta norma, las solicitudes de dictámenes que se presenten ante las juntas de calificación de invalidez, debe contener como mínimo ***i)*** la definición de los factores de riesgos a los cuales se encuentra o se encontraba expuesto el trabajador, ***ii)*** el tipo de labor u oficio desempeñado durante el tiempo de exposición, ***iii)*** el análisis de exposición al factor de riesgo al que se encontraba asociado la patología y ***iv)*** el tiempo de exposición al riesgo o peligro durante su jornada laboral.

Con el propósito de establecer la proporcionalidad a cargo de las administradoras de riesgos laborales durante el lapso de exposición al riesgo por parte del trabajador y cuyas prestaciones pagadas son objeto de recobro, es necesario definir la fecha en la que inició la exposición

al riesgo o peligro y la fecha cierta mas próxima posible hasta donde estuvo expuesto. En relación con la fecha inicial, debe considerarse la que aparece consignada en el dictamen, pero en caso de que no lo establezca, al punto de no indicar los factores de riesgo y tiempo de exposición a los mismos, resulta entonces necesario tener en cuenta otros criterios como la antigüedad del trabajador en la empresa, la antigüedad en el cargo y la primera fecha de manifestación de la sintomatología de la enfermedad calificada como laboral, los cuales constituyen criterios auxiliares que permiten determinar el tiempo exposición al riesgo que sufre el afiliado y que conllevaron a la enfermedad laboral por la cual se causaron las prestaciones recobradas.

En cuanto a la fecha de finalización a la exposición al riesgo, el juez de primera instancia consideró que debía tenerse en cuenta la fecha del dictamen; sin embargo, para la Sala esta data resulta insuficiente por cuanto el trabajador, aún después del dictamen, continua expuesto al riesgo ocupacional, incluso abarcando periodos cuya cobertura están a cargo de la ARL que demanda el recobro; ahora bien, si se tuviera en cuenta la fecha del dictamen, tendríamos que en aquellos casos en los cuales el dictamen hubiese sido emitido antes de que asumiera el riesgo la ARL sucedánea, se le estaría exonerando de responder por el lapso en el que el afiliado ha estado bajo su cobertura. Luego, resulta más equitativo y ajustado a la realidad tener en cuenta como extremo final, siempre que se encuentre debidamente probado, la fecha de prestación del último servicio recobrado por la ARL con ocasión de la enfermedad calificada como de origen laboral, salvo que se demuestre la terminación de la relación laboral o un cambio en las condiciones que permita inferir que cesó la exposición al riesgo por reubicación del trabajador.

En todo caso, advierte la Sala que si bien el *a quo* incurrió en el error alegado por el apoderado de la ARL demandada, ello no conlleva a revocar la totalidad de la sentencia sino a modificar la misma, pues contrario a lo indicado por el apelante en su recurso, si aparecen

probados los requisitos sustanciales y formales para la procedencia del recobro demandado, conforme al análisis que se hará a continuación de cada uno de los afiliados, oportunidad en la cual se resolverán los reparos del apelante relativos a inexistencia de reportes de enfermedades laborales o la prestación de servicios por enfermedades laborales distintas a las calificadas por la ARL demandada:

1. JACQUELINE SARMIENTO ESCOBAR

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 07 de diciembre de 2005 al 28 de febrero de 2013 (fl. 459), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria se encuentra afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 509467 del 09 de abril de 2013, emitido por **POSITIVA** (fl. 26 a 28 Cno. Anexo 1), en el cual se indicó en *fundamentos* que su cuadro era de larga evolución desde el año 2008 y que afectó la mano, antebrazo y otras estructuras del miembro superior derecho y se le diagnosticó la *sinovitis y tenosinovitis* como enfermedades laborales con fecha de estructuración del 19 de febrero de 2009.

También se allegó copia del ofició del 20 de agosto de 2009 por el cual **COLMENA** aceptó la calificación de SALUDCOOP EPS (fl. 671) y se aportó copia de dicho dictamen proferido el 05 de noviembre de 2008, en el cual la EPS calificó como enfermedades laborales el *atrapamiento del nervio radial del miembro superior derecho* y *tendinitis y miositis de antebrazo derecho* y describió que la sintomatología inició hace 12 meses y que la exposición laboral era de 36 meses, sin que sea posible determinar una mayor antigüedad porque si bien se indicaron vinculaciones anteriores a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, no se señalaron las fechas de ingreso y egreso de aquellas (fl. 672 a 676).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 05 de noviembre de 2008 (fecha dictamen SALUDCOOP EPS) la exposición al riesgo ya era de 36 meses, sin embargo, dicho dictamen no relacionó

empleadores anteriores a la Fiscalía, de lo cual se podría inferir que su vinculación inició en noviembre de 2005; sin embargo, **COLMENA** tenía el contrato de cobertura de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación desde el 1° de enero de 1996, motivo por el cual al haber sido la funcionaria bajo estudio afiliada desde el 07 de diciembre de 2005, se puede inferir que con anterioridad no estaba vinculada a dicha Entidad, por lo tanto, se tomará la anterior fecha como el extremo inicial de exposición al riesgo; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 02 de febrero de 2015 (fl. 73 Cno. 1), para un total de 3345 días de exposición al riesgo (07/12/2005 al 02/02/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 2641 días equivalentes al 78,95% del total de la exposición (07/12/2005 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $803.817 (fl. 25 Cno. Anexo 1) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 30 a 76 Cno. Anexo 1), advirtiendo la Sala que no son pocas las veces en que **POSITIVA** presentó factura global de servicios, no obstante, adjunto la descripción individualizada de cada uno de los *ítems* cobrados permitiendo identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada, lo cual desvirtúa las conclusiones del testigo BERNARDO TORRES CUERVO en cuanto la inviabilidad del recobro por falta de nexo causal (31:44 cd fl. 721), por tanto, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 78,95% sobre el valor de $803.817.

2. MARÍA DEL CARMEN CIFUENTES CRISTANCHO

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013, con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 471), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013, dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 793953 del 26 de marzo de 2013, emitido por **POSITIVA** (fl. 85 a 87 Cno. Anexo 2), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *epicondilitis lateral derecha y medial bilateral, tendinitis del bíceps y tríceps derecho y de flexoextensores izquierda* con fecha de estructuración del 20 de noviembre de 2008; así mismo, en observaciones posteriores describió que al 29 de julio de 2015 el cuadro de dolor tiene 9 años y una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 18 años.

También se allegó copia del oficio del 13 de enero de 2009, por el cual **COLMENA** aceptó la calificación de COMPENSAR EPS (fl. 568 a 569) y se aportó copia del dictamen 28177652 proferido el 20 de junio de 2012 por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, el cual relacionó 17 años y 1 mes de exposición laboral y concluyó el origen común de la enfermedad *bursitis del hombro izquierdo* (fl. 570 a 574), enfermedad distinta a las calificadas por **POSITIVA**.

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 20 de junio de 2012 (fecha dictamen JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ), la exposición al riesgo era ya de 17 años y 1 mes; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 12 de agosto de 2015 (fl. 153 Cno. Anexo 2), para un total de 7390 días de exposición al riesgo (20/05/1995 al 12/08/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 84,83% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/13).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $2.513.667 (fl. 84 Cno. Anexo 2) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 89 a 160 Cno. Anexo 2) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también adjuntó la descripción individualizada de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no accederá al recobro

de $220.000 por análisis del puesto de trabajo (fl. 133 a 134 Cno. Anexo 2), por cuanto el mismo no hace parte de las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 84,83% sobre el valor de $2.293.667.

3. MARÍA CONSUELO LÓPEZ JIMÉNEZ

La demandada **COLMENA** aceptó que dicha usuaria estuvo afiliada, pero no allegó certificado que permita evidenciar los extremos temporales de la cobertura, sin embargo, indicó que con la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN celebró el contrato 2273 vigente del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 (fl. 457 a 495) y en el dictamen 22399615 del 21 de agosto de 2007 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ se relacionó como antecedentes de exposición laboral 10 años en la Fiscalía (fl. 513 a 518), de lo cual se puede inferir que la cobertura inició en 1997, por tanto, se tomará el último día de dicha anualidad con fecha de inicio de la obertura por **COLMENA**; así mismo, la ARL demandada aceptó que desde el 1° de marzo de 2013 la usuaria esta afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 508167 del 05 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 170 a 172 Cno. Anexo 3), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel carpiano* con fecha de estructuración 02 de marzo de 2003 y describió la observación posterior de que el 02 de octubre de 2014 cerró el caso con reintegro laboral sin modificaciones.

También se aportó copia del dictamen 22399615 del 21 de agosto de 2007 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, el cual relacionó como antecedentes de exposición laboral 10 años y concluyó el origen laboral del *síndrome de túnel del carpo* (fl. 513 a 518, 825 a 830).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 21 de agosto de 2007 (fecha dictamen JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ), la exposición al riesgo era ya de 10 años, sin embargo, considerando que se considerará como fecha de afiliación de la funcionaria a **COLMENA** el último día del año 1997, a pesar de que dicha ARL que tenía contratada la cobertura de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación desde el 1° de enero de 1996, se puede inferir que la vinculación de la funcionaria bajo estudio fue el 31 de diciembre de 1997 y ese fue el extremo inicial de exposición al riesgo, la prestación del último servicio recobrado fue el 1° de octubre de 2014 (fl. 240 Cno. Anexo 3), fecha anterior al cierre del caso, para un total de 6119 días de exposición al riesgo (31/12/1997 al 1/10/2014), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 5539 días equivalentes al 90,52% del total de la exposición (31/12/1997 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $2.421.812 (fl. 168 Cno. Anexo 3) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 174 a 242 Cno. Anexo 3) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no accederá el recobro de $900.000 por gestión operativa especializada para FGN (fl. 182 a 184 Cno. Anexo 3), por cuanto no se precisó en qué consiste ese servicio ni su relación con las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5° del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 90,52% sobre el valor de $1.521.812.

4. JORGE ENRIQUE PRIETO RICO

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 24 de febrero de 1999 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 483), así mismo, la ARL

demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 508197 del 05 de abril de 2013, emitido por **POSITIVA** (fl. 252 a 254 Cno. Anexo 4), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *epicondilitis lateral bilateral, síndrome de túnel del carpo bilateral y tenosinovitis bilateral* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013.

También se allegó copia de la calificación de COOMEVA EPS del 11 de agosto de 2011, el cual relacionó que el afiliado cuenta con **27 años** de rol laboral en la Fiscalía y concluyó el origen laboral de la *epicondilitis lateral bilateral, síndrome de túnel del carpo bilateral y tenosinovitis bilateral* (fl. 532 a 534, 741 a 768) y copia del historial clínico de atenciones (fl. 777 a 810). Así mismo, se allegó copia de cierre de caso del 29 de agosto de 2013 con reintegro laboral sin modificaciones (fl. 297 a 301 Cno. Anexo 4).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 11 de agosto de 2011 (fecha dictamen COOMEVA EPS), se indicó una exposición al riesgo de 27 años, sin embargo, la Fiscalía General de la Nación inició operaciones el 1° de julio de 1992 conforme el Decreto 2699 de 1991, contradicción por la cual se tomará como fecha de inicio de exposición la de la afiliación a **COLMENA** ya que no hay ninguna prueba que acredité una fecha anterior, de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 03 de febrero de 2015 (fl. 324 Cno. Anexo 4), fecha posterior al cierre del caso sin embargo la prestación brindada lo fue con ocasión de la enfermedad laboral reclamada, para un total de 5824 días de exposición al riesgo (24/02/1999 al 03/02/2015) de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 5119 días equivalentes al 87,89% del total de la exposición (24/02/1999 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $1.047.511 (fl. 250 Cno. Anexo 4) y aportó las facturas,

constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 256 a 324 Cno. Anexo 4) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado, aclarando que si bien en las ordenes medicas se relacionó el diagnosticó *otros paludismos congénitos*, lo cierto es que conforme la historia clínica y observaciones se aclara que la atención lo fue con ocasión de la *epicondilitis*. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no accederá el recobro de $220.000 por análisis de puesto de trabajo (fl. 302 a 311 Cno. Anexo 4), ni de $39.000 por cierre de proceso de rehabilitación (fl. 296 a 301 Cno. Anexo 4) a ni de $38.000 por carta de recomendaciones (fl. 293 a 295 Cno. Anexo 4), por cuanto los mismos no hacen parte de las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 87,89% sobre la suma de $750.511.

5. YESID MARTÍN QUIJANO

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 489), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 505609 del 26 de marzo de 2013, emitido por **POSITIVA** (fl. 334 a 335 Cno. Anexo 5), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo* con fecha de estructuración del 03 de junio de 2005, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de **24 años**.

También se allegó copia del oficio del 05 de noviembre de 2009 por el cual **COLMENA** comunicó que realizó calificación de pérdida de capacidad laboral (fl. 578) y aportó copia de su dictamen 11296 del 31

de agosto de 2009, en el cual se describió un cuadro de dolor de 4 años y se calificó como laboral el *túnel del carpo bilateral* (fl. 579 a 583).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 26 de marzo de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**), se indicó una exposición al riesgo de 24 años, sin embargo, la Fiscalía General de la Nación inició operaciones el 1° de julio de 1992 conforme el Decreto 2699 de 1991, contradicción por la cual se tomará como inicio de exposición la fecha de afiliación a **COLMENA,** pues no hay prueba que acredité fecha anterior; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 02 de octubre de 2015 (fl. 369 Cno. Anexo 5), para un total de 7215 días de exposición al riesgo (01/01/1996 al 02/10/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 86,89% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $2.375.057 (fl. 332 Cno. Anexo 5) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 338 a 371 Cno. Anexo 5) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no ordenará el recobro de $1.650.000 por *gestión operativa terapeuta en ciudad meta* (fl. 346 a 347 Cno. Anexo 5), asi como de $300.000 y $67.846 por el mismo concepto (fl. 368 a 371 Cno. Anexo 5), pues no se precisó en qué consiste ese servicio ni su relación con las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5° del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 86,89% sobre el valor de $357.211.

6. PEDRO ALFONSO ESPINOZA GRANADOS

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 470), así mismo, la ARL

demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 615532 del 05 de noviembre de 2013, emitido por **POSITIVA** (fl. 380 a 390 Cno. Anexo 6), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *trastorno de stress postraumático, trastorno de ansiedad generalizada y trastorno depresivo recurrente* con fecha de estructuración del 27 de mayo de 2013, así mismo, describió en el acápite de sustentación que el FUREL del 22 de abril de 2013 relacionó 230 meses de exposición a factor de riesgo.

También se allegó copia del dictamen proferido por SALUD TOTAL E.P.S. del 05 de septiembre de 2013, el cual relacionó una exposición el riesgo de 230 meses enfermedades laborales de *trastorno de stress postraumático, trastorno de ansiedad generalizada y trastorno depresivo recurrente* como enfermedades laborales (cd fl. 816 carpeta "*PEDRO ALFONSO ESPINOZA GRANADOS*").

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 05 de septiembre de 2013 (fecha dictamen SALUD TOTAL EPS), la exposición al riesgo era ya de 230 meses, de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 16 de mayo de 2015 (fl. 452 a 460 Cno. Anexo 6), para un total de 7621 días de exposición al riesgo (05/07/1994 al 16/05/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 82,26% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $2.331.576 (fl. 379 Cno. Anexo 6) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 397 a 460 Cno. Anexo 6) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada ítem cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así

las cosas, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 82,26% sobre el valor de $2.331.576.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la ausencia de reporte de enfermedad durante su cobertura impide el recobro, por cuanto ello no desvirtúa el periodo de exposición al riesgo que se acreditó en el proceso a través de los otros medios de prueba, ya que el recobro procede ante la exposición al riesgo sin que ninguna de las normas que consagra dicha acción condicione su procedencia al reporte de enfermedad, por tanto, dicho requisito alegado por la ARL es adicional a los exigidos por Ley y por tal razón no puede ser considerado.

7. MARÍA ANTONIA QUINTERO AMAYA

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 2012 al 28 de febrero de 2013, con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 469), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013, dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 694105 del 17 de marzo de 2013, emitido por **POSITIVA** (fl. 470 a 472 Cno. Anexo 7), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *tenosinovitis supraespinoso hombro derecho* y *bursitis hombro derecho* con fecha de estructuración del 12 de marzo de 2013, así mismo describió que en 1991 mientras trabajaba en el casino del DAS se le diagnosticó bursitis y luego se procedió a reubicación en aseo general.

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 17 de marzo de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**) la exposición al riesgo era ya de 22 años por cuanto la funcionaria bajo estudio estuvo expuesta al riesgo desde su vinculación al extinto DAS con anterioridad a su vinculación a la Fiscalía General de la Nación, así mismo, la prestación del último servicio recobrado fue el 30 de julio de 2015 (fl. 574 Cno.

Anexo 7), para un total de 8907 días de exposición al riesgo (12/03/1991 al 30/07/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 425 días equivalentes al 4,77% del total de exposición (01/01/2012 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $2.674.240 (fl. 468 Cno. Anexo 7) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 475 a 578 Cno. Anexo 7) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no ordenará el recobro de $300.000 por *gestión operativa terapeuta ocupacional fiscalía general de la nación* (fl. 528 a 529 Cno. Anexo 7), ni de $180.000 por *análisis de puestos de trabajo ergonómicos* (fl. 530 a 531 Cno. Anexo 7), por cuanto no se precisó en qué consiste ese servicio ni su relación con las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 4,77% sobre el valor de $2.194.240.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la ausencia de reporte de enfermedad durante su cobertura impide el recobro, por cuanto ello no desvirtúa el periodo de exposición al riesgo que se acreditó en el proceso a través de los otros medios de prueba, ya que el recobro procede ante la exposición al riesgo sin que ninguna de las normas que consagra dicha acción condicione su procedencia al reporte de enfermedad, por tanto, dicho requisito alegado por la ARL es adicional a los exigidos por Ley y por tal razón no puede ser considerado.

8. SOCORRO FLECHA DÍAZ

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 468), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 la usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 714071 del 14 de abril de 2014 emitido por **POSITIVA** (fl. 593 a 605 Cno. Anexo 8), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *trastorno mixto de ansiedad y depresión* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió que sintomatología inicio en 2010.

También se allegó copia de dictamen de origen 23555725 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ del 29 de septiembre de 2011, que determinó el origen común de la patología *otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral* (fl. 546 a 551); así mismo, se aportó copia del dictamen de NUEVA EPS del 15 de enero de 2014, que relacionó como antecedentes laborales una antigüedad en la empresa de 25 años y en el cargo de 16 años, el cual se describió como una alta exposición a riesgo psicosocial por altas demandas emocionales, ritmo alto de trabajo, entre otros, concluyendo que las patologías de *trastorno mixto de ansiedad y depresión* y *trastorno de adaptación* son de origen laboral (fl. 728 a 733, cd fl. 816).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 15 de enero de 2014 (fecha dictamen NUEVA EPS), la exposición al riesgo antigüedad en el cargo era de por lo menos 16 años; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 28 de julio de 2015 (fl. 656 Cno. Anexo 8), para un total de 6404 días (15/01/1998 al 28/07/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 5524 días equivalentes al 86,26% del total de exposición (15/01/1998 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $1.831.860 (fl. 586 Cno. Anexo 8) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl.

608 a 657 Cno. Anexo 8) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Así las cosas, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 86,26% sobre el valor de $1.831.860.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que se calificó la enfermedad como de origen común, ya que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ solo calificó como de origen común la patología *otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral* (fl. 546 a 551) y los servicios recobrados por **POSITIVA** son los prestados por la enfermedad de *trastorno mixto de ansiedad y depresión* que fue calificada como laborales por el dictamen de la NUEVA EPS del 15 de enero de 2014 (fl. 728 a 733, cd fl. 816) y el dictamen 714071 del 14 de abril de 2014 de **POSITIVA** (fl. 593 a 605 Cno. Anexo 8), por ende, no hay mérito en la objeción de la ARL demandada.

9. AURORA PATRICIA CONTRERAS PÉREZ

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de julio de 2006 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 491), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 510277 del 11 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 667 a 669 Cno. Anexo 9), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo bilateral* y *tenosinovitis de Quervain izquierdo* con fecha de estructuración del 29 de agosto de 2007, así mismo describió una antigüedad en la empresa de 6 años.

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 11 de abril de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**), la exposición al riesgo era ya de

6 años, de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 24 de abril de 2014 (fl. 693 Cno. Anexo 9), para un total de 2571 días de exposición al riesgo (11/04/2007 al 24/04/2014), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 2151 días equivalentes al 83,66% del total de exposición (11/04/2007 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $1.135.034 (fl. 665 Cno. Anexo 9) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 475 a 578 Cno. Anexo 7) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no ordenará el recobro de $220.000 por *informes de análisis de puesto de trabajo* (fl. 690 a 692 Cno. Anexo 9), por cuanto no se precisó en qué consiste ese servicio ni su relación con las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 83,66% sobre el valor de $915.034.

10. KATRINA RIAÑO MARTÍNEZ

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 488), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 670776 del 28 de enero de 2014 emitido por **POSITIVA** (fl. 704 a 706 Cno. Anexo 10), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome túnel del carpo bilateral* con fecha de estructuración del 16 de diciembre de 2013, así mismo describió una antigüedad en la empresa de 22 años y antigüedad en el cargo de 16 años.

También se allegó copia del dictamen proferido por COOMEVA E.P.S. del 16 de diciembre de 2013, el cual relacionó un tiempo en la ocupación habitual de 22 años y calificó como enfermedades laborales el *síndrome del túnel carpiano bilateral, tenosinovitis de estiloides radial (de quervain)* y *epicondilitis lateral* por trauma acumulativo por todos los años de ocupación (cd fl. 816).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 28 de enero de 2014 (fecha dictamen **POSITIVA**) la exposición al riesgo era ya de 22 años, sin embargo, la Fiscalía General de la Nación inició operaciones el 1° de julio de 1992 conforme el Decreto 2699 de 1991, por ende se tomará tal fecha como el inicio de la exposición al riesgo considerando que ello resulta en una antigüedad de 21 años muy cercana a la indicada en los dictámenes; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 08 de noviembre de 2013 (fl. 747 Cno. Anexo 10), para un total de 7801 días de exposición al riesgo (01/07/1992 al 08/11/2013), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 80,36% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $1.096.665 (fl. 702 Cno. Anexo 10) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 708 a 747 Cno. Anexo 10) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no ordenará el recobro de $220.000 por *informes de análisis de puesto de trabajo* (fl. 746 a 747 Cno. Anexo 10) por cuanto no se precisó en qué consiste ese servicio ni su relación con las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 80,36% sobre el monto de $876.665.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la ausencia de reporte de enfermedad durante su cobertura impide el recobro, por cuanto ello no desvirtúa el periodo de exposición al riesgo que se acreditó en el proceso a través de los otros medios de prueba, ya que el recobro procede ante la exposición al riesgo sin que ninguna de las normas que consagra dicha acción condicione su procedencia al reporte de enfermedad, por tanto, dicho requisito alegado por la ARL es adicional a los exigidos por Ley y por tal razón no puede ser considerado.

11. BETTY LEONARDA PÉREZ PEÑA

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 493), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 711647 del 07 de abril de 2014 emitido por **POSITIVA** (fl. 761 a 766 Cno. Anexo 11), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *trastorno de ansiedad y depresión y estrés postraumático* con fecha de estructuración del 10 de marzo de 2014, así mismo, describió en la sustentación antigüedad en el cargo de 20 años y sintomatología desde 2011 relacionadas con alto riesgo psicosocial por altas demandadas cuantitativas y carga mental.

También se allegó copia del dictamen 34551684 del 10 de marzo de 2014 de la NUEVA E.P.S. que relacionó la misma antigüedad en empresa y cargo de 20 años y definió como enfermedad laboral el *trastorno mixto de ansiedad y depresión* y *trastorno de estrés postraumático* por alto riesgo psicosocial por factores intralaborales (cd fl. 816).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 10 de marzo de 2014 (fecha dictamen NUEVA E.P.S.) la exposición al riesgo era aproximadamente de 20 años, de otra parte, la prestación del

último servicio recobrado fue el 30 de junio de 2015 (fl. 784 Cno. Anexo 11), para un total de 7783 días de exposición al riesgo (10/03/1994 al 30/06/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 80,55% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $1.000.000 (fl. 760 Cno. Anexo 11) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 768 a 787 Cno. Anexo 11) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Así las cosas, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje de 80,55% sobre el valor de $1.000.000.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la ausencia de reporte de enfermedad durante su cobertura impide el recobro, por cuanto ello no desvirtúa el periodo de exposición al riesgo que se acreditó en el proceso a través de los otros medios de prueba, ya que el recobro procede ante la exposición al riesgo sin que ninguna de las normas que consagra dicha acción condicione su procedencia al reporte de enfermedad, por tanto, dicho requisito alegado por la ARL es adicional a los exigidos por Ley y por tal razón no puede ser considerado.

12. SANDRA VICTORIA CASTAÑEDA RODRÍGUEZ

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de octubre de 2006 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 490), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 525066 del 08 de mayo de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 798 a 802 Cno. Anexo 12), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *epicondilitis medial bilateral* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo se describió una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 18 años y se relacionó la observación posterior de que el 21 de abril de 2014 se cerró el caso de 5 años de evolución y se ordenó calificación de PCL.

También se allegó copia del dictamen 51987396 del 02 de marzo de 2012 de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y del dictamen 51987396 del 22 de agosto de 2012 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (fl. 535 a 545), que relacionaron una antigüedad en cargo de 7 años y calificaron la *epicondilitis medial* como laboral y describió cuadro de dolor desde 2009.

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 02 de marzo de 2012 (fecha dictamen JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA) la antigüedad en el cargo era de 7 años y no relacionó empleadores anteriores a la Fiscalía, de lo cual se infiere que su vinculación inicio en 2005, sin embargo, **COLMENA** tenía el contrato de la cobertura de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación desde el 1° de enero de 1996, motivo por el cual al haber sido la funcionaria bajo estudio afiliada solo hasta el 1° de octubre de 2006 se concluye que con anterioridad no estaba vinculada a dicha Entidad, por lo tanto, se tomará la anterior fecha como el extremo inicial de exposición al riesgo; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 20 de noviembre de 2015 (fl. 811 Cno. Anexo 12), para un total de 3338 días de exposición al riesgo (01/10/2006 al 20/11/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 2343 días equivalentes al 70,19% del total de exposición (01/10/2006 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $767.178 (fl. 332 Cno. Anexo 12) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 805 a 860 Cno. Anexo 12) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada ítem cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no ordenará el recobro de $41.273 por *atención inicial de urgencias* derivada de un accidente de trabajo que nada tiene que ver con la enfermedad laboral calificada (fl. 835 a 838 Cno. Anexo 12), por tanto, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje de 70,19% sobre el valor de $725.905.

13. ZAIRA ROSA TORRES REDONDO

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 457), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 508838 del 08 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 869 a 870 Cno. Anexo 13), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 18 años.

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 08 de abril de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**) la exposición al riesgo era ya de 18 años, de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 26 de noviembre de 2015 (fl. 917 Cno. Anexo 13), para un total de 7538 días de exposición al riesgo (08/04/1995 al 26/11/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 83,17% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $1.732.728 (fl. 868 Cno. Anexo 13) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 873 a 919 Cno. Anexo 13) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Así las cosas, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje de 83,17% sobre el monto de $1.732.728.

14. ALEJANDRO VIEDMA VIEDMA

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 492), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 524859 del 08 de mayo de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 929 a 931 Cno. Anexo 14), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de **23 años**, junto con la aceptación de **COLMENA** del 02 de abril de 2003 de que dicha enfermedad es de origen laboral (fl. 677).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 08 de mayo de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**), se indicó una exposición al riesgo de 23 años, sin embargo, la Fiscalía General de la Nación inició operaciones el 1° de julio de 1992 conforme el Decreto 2699 de 1991, contradicción por la cual se tomará como fecha de inicio de exposición la de la afiliación a **COLMENA** ya que no hay ninguna prueba que acredité una fecha anterior; de otra parte, la prestación del último

servicio recobrado fue el 03 de junio de 2015 (fl. 999 Cno. Anexo 14), para un total de 7094 días de exposición al riesgo (01/01/1996 al 03/06/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 88,37% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $1.920.180 (fl. 927 Cno. Anexo 14) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 933 a 1000 Cno. Anexo 14) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada ítem cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje de 88,37% sobre el valor de $1.920.180.

15. DIANA JAQUELINE BEJARANO PINEDA

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de junio de 2005 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 467), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 510256 del 11 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1011 a 1013 Cno. Anexo 15), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo* con fecha de estructuración del 10 de agosto de 2001, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 18 años y una antigüedad en el cargo de 8 años y en observaciones posteriores se indicó que el 21 de julio de 2014 se certificó rehabilitación de alta médica.

También se allegó copia del dictamen 70388 de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y

CUNDINAMARCA del 20 de octubre de 2014, que declaró una PCL de 0% al considerar que la enfermedad laboral de síndrome del túnel del carpo está resuelta y relacionó una antigüedad en el cargo de 20 años (cd fl. 816).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 20 de octubre de 2014 (fecha dictamen JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA), se indicó una antigüedad en el cargo de 20 años, lo cual resulta contradictorio con la fecha de inicio cobertura de **COLMENA**, la cual si concuerda con la antigüedad en el cargo de 8 años señalada el 11 de abril de 2013 (dictamen **POSITIVA**), motivo por el cual se tomará como fecha de inicio de exposición la de la afiliación a **COLMENA** ya que no hay ninguna prueba que acredité que con anterioridad la trabajadora estaba vinculada a la Fiscalía General de la Nación; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 16 de mayo de 2014 (fl. 1024 a 1025 Cno. Anexo 15), fecha anterior a la alta médica, para un total de 3272 días de exposición al riesgo (01/06/2005 al 16/05/2014), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 2830 días equivalentes al 86,49% del total de exposición (01/06/2005 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $212.760 (fl. 1008 Cno. Anexo 15) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 1018 a 1025 Cno. Anexo 15). Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 86,49% sobre el valor de $212.760.

16. CLARA LILIANA MARTÍN PEÑA

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 04 de julio de 2012 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 466), así mismo, la ARL

demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 509533 del 09 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1035 a1037 Cno. Anexo 16), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *sinovitis y tenosinovitis* con fecha de estructuración del 30 de noviembre de 2009, así mismo, describió la observación posterior del 06 de febrero de 2014 de un cuadro de dolor de 8 años.

También se allegó copia del oficio del 30 de diciembre de 2009 por el cual **COLMENA** aceptó la calificación de SANITAS E.P.S. (fl. 519, 831) y se aportó copia de dicho dictamen del 26 de noviembre de 2009 proferido la EPS, en el cual se diagnosticó la *tendinitis flexoextensores de puño derecho* con fecha de inicio de exposición al riesgo del 1° de noviembre de 2007 por carga dinámica y estativa de miembros superiores y postura de extensión de muñeca mayor a 45° (fl. 520 a 524).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 26 de noviembre de 2009 (fecha dictamen SANITAS E.P.S.) se fijó como fecha de exposición al riesgo el 1° de noviembre de 2007 y no se relacionó empleadores anteriores a la Fiscalía, sin embargo, **COLMENA** tenía el contrato de la cobertura de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación desde el 1° de enero de 1996, motivo por el cual al haber sido la funcionaria bajo estudio afiliada solo hasta el 04 julio de 2012 se puede inferir que con anterioridad no estaba vinculada a dicha Entidad, por lo tanto, se tomará la anterior fecha como el extremo inicial de exposición al riesgo; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue 16 de julio de 2014 (fl. 1054 Cno. Anexo 16), para un total de 743 días de exposición al riesgo (04/07/2012 al 16/07/2014), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 240 días equivalentes al 32,30% del total de exposición (04/07/2012 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $435.010 (fl. 1033 Cno. Anexo 16) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 1040 a 1058 Cno. Anexo 16). Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 32,30% sobre el valor de $435.010.

17. MARCO ANTONY ANGARITA PARRAS

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 04 de enero de 2006 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 473), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 524934 del 08 de mayo de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1068 a 1069 Cno. Anexo 17), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *trastorno mixto y otros de personalidad* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 6 años.

También se allegó copia del dictamen 79261703 de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA del 08 de julio de 2010 re relacionó el *trastorno de ansiedad* como de origen laboral y una exposición de 8 años (fl. 602 a 604, 832 a 833).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 08 de julio de 2010 (fecha dictamen JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA), la exposición al riesgo era ya de 8 años, sin embargo no se relacionó empleadores anteriores a la Fiscalía, de lo cual se podría inferir que su vinculación inicio en 2002, sin embargo, **COLMENA** tenía el contrato de la cobertura de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación desde el 1° de enero

de 1996, motivo por el cual al haber sido el funcionario bajo estudio afiliado solo hasta el 04 de enero de 2006 se puede inferir que con anterioridad no estaba vinculado a dicha Entidad, por tanto, se tomará la anterior fecha como el extremo inicial de exposición al riesgo; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 13 de noviembre de 2014 (fl. 1097 Cno. Anexo 17), para un total de 3236 días de exposición al riesgo (04/01/2006 al 13/11/2014), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 2613 días equivalentes al 80,75% del total de exposición (04/01/2006 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $150.000 (fl. 1066 Cno. Anexo 17) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1072 a 1098 Cno. Anexo 17) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada ítem cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 80,75% sobre el valor de $150.000.

18. GABRIEL CARDONA NIETO

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 487), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 505701 del 26 de marzo de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1111 a 1113 Cno. Anexo 18), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *lesión del nervio cubital derecho y epitrocleitis bilateral* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 18

años y se realizó la observación posterior de que el 20 de noviembre de 2013 se cerró el caso para calificación de PCL.

También se allegó copia del dictamen 19301145 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ del 31 de marzo de 2009 que diagnosticó la *lesión nervio cubital* como laboral e inició una exposición a riesgos ergonómicos, físicos y mecánicos de 15 años; igualmente se aportó copia del dictamen del 15 de diciembre de 2010 que calificó la *epitrocleitis bilateral* como laboral y que indicó como fecha de exposición al riesgo el 19 de junio de 2004 por traslado a archivo (cd fl. 816).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 15 de diciembre de 2010 se fijó como fecha de inició de exposición al riesgo el 19 de junio de 2004, de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 06 de noviembre de 2015 (fl. 1161 Cno. Anexo 18), para un total de 4158 días de exposición al riesgo (19/06/2004 al 06/11/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 3177 días equivalentes al 76,41% del total de exposición (19/06/2004 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $633.976 (fl. 1105 Cno. Anexo 18) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1116 a 1161 Cno. Anexo 18). Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 76,41% sobre el valor de $633.976.

19. MARGARITA ROSA ARRAZOLA BERROCAL

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 460), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 511577 del 16 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1170 a 1172 Cno. Anexo 19), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo bilateral* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 20 años y 9 meses y observación del 28 de diciembre de 2004 que relaciona adormecimiento en manos desde hace 2 años.

También se allegó copia del oficio de **COLMENA** del 05 de abril de 2005 por el cual informó a la Fiscalía que aprobó el origen laboral del *síndrome del túnel de carpo bilateral*, así como la copia del análisis del puesto de trabajo que la ARL demandada realizó el 28 de diciembre de 2004 que concluyo factores de riesgos derivado de digitación y que la usuaria desde hace 2 años presenta adormecimiento de manos (cd fl 816). Por otra parte, se allegó copia de la calificación de SANITAS E.P.S. del 15 de marzo de 2005 que concluyó como profesional el *síndrome del túnel de carpo bilateral* e indicó como fecha de inicio de exposición al factor de riesgo el 21 de diciembre de 1992 (fl. 497 a 503)

Los anteriores medios de prueba acreditan que la exposición al riesgo inició el 21 de diciembre de 1992 (dictamen SANITAS E.P.S.), de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 30 de julio de 2014 (fl. 1213 Cno. Anexo 19), para un total de 7892 días de exposición al riesgo (21/12/1992 al 30/07/2014), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 79.43% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $491.636 (fl. 1169 Cno. Anexo 19) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 1175 a 1216 Cno. Anexo 19). Así las cosas, concluye la Sala que es

viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 79,43% sobre el valor de $491.636.

20. MARITZA ISABEL FLÓREZ GUILBO

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 03 de agosto de 2012 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 476), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 646044 del 08 de noviembre de 2014 emitido por **POSITIVA** (fl. 1226 a 1231 Cno. Anexo 20), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo derecho leve (diestro)* con fecha de estructuración del 23 de diciembre de 2010 y una PCL del 8,83%, así mismo, describió que para el 17 de junio de 2014 el cuadro de enfermedad llevaba 7 años de evolución y concepto de reintegro laboral sin modificaciones.

También se allegó copia del oficio del 18 de febrero de 2011 por el cual **COLMENA** indicó estar de acuerdo con la calificación de COMPENSAR E.P.S. y se aportó copia del dictamen 0966-10 del 29 de octubre de 2010 de dicha EPS, en el cual se concluyó el origen laboral de las patologías *epicondilitis media, síndrome del túnel carpiano y otras sinovitis y tenosinovitis*, a la vez que indicó una antigüedad en la empresa y cargo de 3260 días (fl 606 a 612, cd fl. 816).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 29 de octubre de 2010 (fecha dictamen COMPENSAR E.P.S.), la exposición al riesgo era ya de 3260 días, sin embargo dicho dictamen no relacionó empleadores anteriores a la Fiscalía, de lo cual podría inferirse que su vinculación a dicha Entidad inició en 2011, no obstante, **COLMENA** tenía el contrato de la cobertura de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación desde el 1° de enero de 1996, motivo por el cual al haber sido la funcionaria bajo estudio afiliada solo hasta el 03 de agosto de 2012 se concluye que con anterioridad no estaba vinculada

a dicha Entidad, por lo tanto, se tomará la anterior fecha como el extremo inicial de exposición al riesgo; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 08 de enero de 2015 (fl. 1242 Cno. Anexo 20), para un total de 889 días de exposición al riesgo (03/08/2012 al 08/01/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 210 días equivalentes al 23,62% del total de exposición (03/08/2012 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $196.200 (fl. 1224 Cno. Anexo 20) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1233 a1242 Cno. Anexo 20) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados a la afiliada. Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 23,62% sobre el valor de $196.200.

21. SANDRA LEILA BARRAGÁN LOMBANA

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 465), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 506035 del 26 de marzo de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1252 a 1254 Cno. Anexo 21), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *epicondilitis medial bilateral* con fecha de estructuración del 20 de junio de 2008, así mismo, describió una antigüedad en el cargo de **25 años** y en observaciones posteriores indicó que al 22 de febrero de 2015 el cuadro clínico tenía una duración aproximada de 7 años.

También se allegó copia del dictamen 41595010 proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA del 12 de agosto de 2015, el cual relacionó una exposición a riesgo ergonómico de **35 años** y calificó la *epicondilitis media* como laboral y una PCL del 8,41% con fecha de estructuración del 23 de febrero de 2015 (cd fl 816). Así mismo se allegó oficio del 07 de enero de 2009 de **COLMENA** aceptando el dictamen de FAMISANAR E.P.S. (fl. 565) y se aportó dicho dictamen de dicha E.P.S., el cual relacionó como fecha de exposición al riesgo el 1° de julio de 1992 (fl. 566 a 567).

Los anteriores medios de prueba acreditan que el extremo inicial de exposición al riesgo fue el 1° de julio de 1992 (dictamen FAMISANAR E.P.S.), sin que sea posible considerar los tiempos de exposición de 25 y 35 años consignados en los dictámenes de **POSITIVA** y de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA, por cuanto en éstos no se relacionaron empleadores anteriores a la Fiscalía General de la Nación, la cual inició operaciones el 1° de julio de 1992 conforme el Decreto 2699 de 1991; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 19 de julio de 2013 (fl. 1262 Cno. Anexo 21), para un total de 7689 días de exposición al riesgo (01/07/1992 al 19/07/2013), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 81,53% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $905.976 (fl. 1250 Cno. Anexo 21) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada (fl. 1256 a 1263 Cno. Anexo 21), sin embargo, **POSITIVA** no probó el pago de dichas facturas, por cuanto no aportó siquiera el certificado del revisor fiscal que acredite que la ARL demandante hubiere cancelado dichas sumas con ocasión de la atención dada a la usuaria, por tanto, la Sala no ordenará el recobro solicitado.

22. OMAIRA CABANZO FRADE

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 474), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 505797 del 26 de marzo de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1267 a 1270 Cno. Anexo 22), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo* con fecha de estructuración del 11 de enero de 2011, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 17 años.

También se allegó copia del oficio del 28 de marzo de 2011 por el cual **COLMENA** aceptó la calificación laboral del *síndrome del túnel del carpo derecho* que realizó NUEVA E.P.S. y en el cual se describió una antigüedad en la empresa y en el cargo de 192 meses (fl. 504 a 510).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 11 de agosto de 2011 (fecha dictamen NUEVA E.P.S.) la exposición al riesgo era de aproximadamente 192 meses, de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 06 de junio de 2015 (fl. 1322 Cno. Anexo 22), para un total de 7240 días (11/08/1995 al 06/06/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 86,59% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $216.380 (fl. 1265 Cno. Anexo22) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1273 a 1327 Cno. Anexo 22) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así

las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 86,59% sobre el valor de $216.380.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la ausencia de reporte de enfermedad durante su cobertura impide el recobro, por cuanto ello no desvirtúa el periodo de exposición al riesgo que se acreditó en el proceso a través de los otros medios de prueba, ya que el recobro procede ante la exposición al riesgo sin que ninguna de las normas que consagra dicha acción condicione su procedencia al reporte de enfermedad, por tanto, dicho requisito alegado por la ARL es adicional a los exigidos por Ley y por tal razón no puede ser considerado.

Adicionalmente, los servicios recobrados fueron brindados con ocasión de la enfermedad laboral *síndrome del túnel del carpo derecho* y no la alegada por el apelante (*epicondilitis y otras patologías de codos, antebrazos y hombros*), siendo este otro motivo para rechazar la réplica del apelante.

23. GLORIA LUCÍA CUELLAR NÚÑEZ

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 486), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 591046 del 27 de agosto de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1338 a 1341 Cno. Anexo 23), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *epicondilitis lateral bilateral* y *epicondilitis medial izquierda* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió una observación posterior según la cual el 05 de mayo de 2014 se dio cierre por rehabilitación por mejoría superior al 70% y posibilidad de continuar desempeñándose con restricciones y recomendaciones.

También se allegó copia del dictamen 790013 del 24 de agosto de 2015 de **POSITIVA**, el cual calificó una PCL del 12,7% con fecha de estructuración del 13 de noviembre de 2014 por las enfermedades laborales *epicondilitis lateral bilateral* y *epicondilitis medial izquierda* (cd fl. 816).

De los anteriores medios de prueba se puede inferir que por lo menos desde el 1° de enero de 1996, fecha de cobertura de la trabajadora por parte de la ARL demandada en atención a su vinculación a la Fiscalía General de la Nación, inició la exposición al riesgo; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 24 de enero de 2015 (fl. 1369 Cno. 23), para un total de 6964 días de exposición al riesgo (01/01/1996 al 24/01/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 90,02% del total de exposición (01/0/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $3.134.116 (fl. 1337 Cno. Anexo 23) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1344 a 1390 Cno. Anexo 23) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no ordenará el recobro de $314.285 por *gestión operativa terapeuta ocupacional en el Dto Huila* porque corresponde a la realización del formato de cierre de caso (fl. 1356 a 1361 Cno. Anexo 23) y no se precisó en qué consiste ese servicio ni su relación con las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 90.02% sobre el valor de $2.819.830.

24. MARÍA JIMENA PERDOMO SEFAIR

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 478), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 508881 del 08 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1400 a 1401 Cno. Anexo 24), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *tendinitis y tenosinovitis* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 20 años y una observación posterior del 17 de marzo de 2014 indicando una antigüedad en la empresa de **32 años** y reintegro laboral sin modificaciones.

También se allegó copia del oficio del 20 de febrero de 2006 por el cual **COLMENA** informó que calificó como laboral la patología *epicondilitis de codo derecho* (fl. 584), así mismo, se aportó copia del dictamen de COLPATRIA SALUD del 14 de octubre de 2005, en el cual se relacionó una antigüedad en la empresa de **23 años** y en la antigüedad de cargo se indicó que desde hace 10 años realiza las mismas funciones concluyendo que es de origen laboral la *epicondilitis de miembro superior derecho* (fl. 587 a 591).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 14 de octubre de 2005 (fecha dictamen COLPATRIA SALUD), la exposición al riesgo era ya de 10 años, sin que sea viable considerar la antigüedad en el cargo de 23 años y 32 años indicada en los dictámenes de COLPATRIA SALUD y **POSITIVA** respectivamente, por cuanto en éstos no se relacionó una vinculación con una empresa anterior a la Fiscalía General de la Nación, la cual inició operaciones el 1° de julio de 1992 conforme el Decreto 2699 de 1991; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 1° julio de 2014, fecha de entrega del último servicio recobrado (fl. 1402 Cno. Anexo 24), para un total de 6836 días de exposición al riesgo (14/10/1995 al 01/07/2014), de los

cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 94.23% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $25.034 (fl. 1398 Cno. Anexo 24) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1402 a 1408 Cno. Anexo 24) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Sin embargo, **POSITIVA** no probó el pago de dichas facturas, por cuanto no aportó siquiera el certificado del revisor fiscal que acredite el pago por parte de la ARL demandante con ocasión de la atención dada a la usuaria, por tanto, la Sala no accederá el recobro solicitado.

25. LUÍS FERNANDO OSORIO MURILLO

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 464), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 840091 del 28 de noviembre de 2015 emitido por **POSITIVA** (fl. 1411 a 1413 Cno. Anexo 25), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo bilateral* con fecha de diagnóstico del 22 de julio de 2009, pero se abstuvo de calificar PCL y FE por falta de secuelas al no existir ningún grado de deficiencia.

También se allegó copia del dictamen 75039171 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ del 22 de agosto de 2012, que calificó como laboral el *síndrome de túnel carpiano* y en donde se relacionó una antigüedad en la Fiscalía desde el 10 de junio de 1994 y desde 2001 en el cargo actual y un cuadro de evolución de dolor de aproximadamente 8 años (fl.525 a 531); de otra parte se

presentó copia de calificación efectuada por medicina del trabajo de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN que describe dicha enfermedad como de origen laboral (fl. 613 a 617).

Los anteriores medios de prueba acreditan que el dictamen JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ estableció una antigüedad en la Fiscalía General de la Nación desde el 10 de junio de 1994, lo cual coincide con la descripción de un cuadro de evolución de dolor de 8 años a 2012; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 08 de septiembre de 2015 (fl. 1416 Cno. Anexo 25), fecha anterior al dictamen de **POSITIVA** que determinó la ausencia de secuelas, para un total de 7761 días de exposición al riesgo (10/06/1994 al 08/09/2015) días, de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 80,78% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $61.614 (fl. 1410 Cno. Anexo 25) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1415 a 1418 Cno. Anexo 25) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada ítem cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Sin embargo, **POSITIVA** no probó el pago de dichas facturas, por cuanto no aportó siquiera el certificado del revisor fiscal que acredite el pago de dichas sumas por parte de la ARL con ocasión de la atención dada a la usuaria, por tanto, la Sala no ordenará el recobro solicitado.

26. AZUCENA RAMÍREZ RAMÍREZ

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 18 de octubre de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 485), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 509436 del 09 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1422 Cno. Anexo 26), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *sinovitis y tenosinovitis* con fecha de estructuración del 31 de mayo de 2010, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 16 años.

También se allegó copia del oficio del 16 de julio de 2010 por el cual **COLMENA** aceptó la calificación realizada por SANITAS E.P.S. (fl. 655); así mismo se aportó copia de la precitada calificación del 27 de mayo de 2010, en la cual la EPS indicó como fecha de inicio a la exposición del riesgo el 18 de octubre de 1996, de tipo ergonómico por carga dinámica y estática de miembros superiores, concluyendo que la *tendinitis de extensores de puños* es profesional (fl. 655 a 670).

Los anteriores medios de prueba acreditan que la exposición del riesgo inició el 18 de octubre de 1996, de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 20 de marzo de 2013 (fl. 1424 Cno. Anexo 26), para un total de 5998 días de exposición al riesgo (18/10/1996 al 20/03/2013), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 5978 días equivalentes al 99,67% del total de exposición (18/10/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $146.731 (fl. 1420 Cno. Anexo 26) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado a la afiliada, advirtiendo que si bien la hoja de autorización de servicios relaciona un diagnostico que difiere al de la enfermedad laboral, la historia clínica acredita que la atención lo fue por la patología calificada (fl. 1423 a 1441 Cno. Anexo 26) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Sin embargo, **POSITIVA** no probó el pago de dichas facturas, por cuanto no allego siquiera el certificado del revisor fiscal

sobre la cancelación de dichas sumas con ocasión de la atención dada a la usuaria, por tanto, la Sala no ordenará el recobro solicitado.

27. CARLOS FERNANDO CEPEDAYROCA MACIAS

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 07 de mayo de 2006 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 458), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 507473 del 03 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1449 a 1455 Cno. Anexo 27), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *trastorno depresivo de la conducta* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 6 años y 10 mes y describió cuadro clínico desde el 25 de octubre de 2013 y que el 14 de marzo de 2014 se cerró el caso para calificación de PCL.

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 03 de abril de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**) la exposición al riesgo era ya de 6 años y 10 meses; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 22 de enero de 2015 (fl. 1489 Cno. Anexo 27), para un total de 3156 días de exposición al riesgo (03/06/2006 al 22/01/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 2463 días equivalentes al 78,04% del total de exposición (03/06/2006 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $7.038.084 (fl. 1443 Cno. Anexo 27) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado, advirtiendo que si bien la hoja de autorización de servicios relaciona un diagnóstico distinto a la enfermedad laboral, lo cierto es que la historia clínica acredita que la atención si fue con ocasión de la

patología calificada (fl. 1459 a 1490 Cno. Anexo 25). Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 78,04% sobre el valor de $7.038.084.

28. RITA JULIA VANEGAS SÁNCHEZ

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 484), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 508805 del 08 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1499 a 1502 Cno. Anexo 28), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *bursitis subacromial hombro izquierdo* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, se realizó la observación posterior de que para el 19 de diciembre de 2013 la antigüedad en el cargo era de 19 años y cuadro de 5 años de evolución.

También se allegó copia del oficio del 19 de diciembre de 2008 por el cual **COLMENA** aceptó la calificación realizada por el ISS E.P.S., así mismo, y valoración donde la ARL demandada relacionó 156 meses de exposición a riesgo ergonómico en la Fiscalía y de 108 meses en otras empresas (fl. 594 a 596); así mismo se aportó copia de la calificación de la E.P.S. en donde relacionó antigüedad en la Fiscalía de 13 años y que concluyó que la *bursitis subacromial izquierda* es laboral (fl. 597 a 601).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 19 de diciembre de 2008 (fecha oficio **COLMENA**) la exposición al riesgo era ya de 156 meses, de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 09 de noviembre de 2015 (fl. 1650 Cno. Anexo 28), para un total de 7266 días de exposición al riesgo (19/12/1995 al 09/11/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269

días equivalentes al 86,28% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $3.561.231 (fl. 1498 Cno. Anexo 28) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado, advirtiendo que si bien la hoja de autorización de servicios contiene un diagnóstico distinto a la enfermedad laboral calificada, en todo caso la historia clínica acredita que la atención si fue por la patología calificada (fl. 1505 a 1652 Cno. Anexo 28). Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no ordenará el recobro de $40.710 por medicamento ordenado exclusivamente por *síndrome del manguito rotador*, el cual es una dolencia diferente a la calificada (fl. 1606 a 1609 Cno. Anexo 28), por tanto, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 86,28% sobre el valor de $3.520.521.

29. ALBERTO ARENAS MARTÍNEZ

La demandada **COLMENA** aceptó que dicho usuario fue su afiliado, pero no allegó certificado que fije los extremos temporales de la cobertura, sin embargo, indicó que con la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN celebró el contrato 2273 vigente del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 (fl. 457 a 495) y el dictamen 505595 de **POSITIVA** del 26 de marzo de 2013 relacionó una antigüedad en la Fiscalía de 17 años (fl. 1661 a 1666 Cno. 29), mientras que el dictamen 81199 del 22 de abril de 2016 de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA relacionó una antigüedad en la empresa de 20 años y 6 meses (fl. 553 a 561), de lo cual se infiere que la vinculación del usuario a la Fiscalía inició en noviembre de 1995 y se tomará como periodo de cobertura por **COLMENA** la vigencia del contrato 2273; así mismo, la ARL demandada aceptó que desde el 1° de marzo de 2013 el usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 505595 del 26 de marzo de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1661 a 1666 Cno. Anexo 29), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo* con fecha de estructuración del 1° de agosto de 2000, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 17 años.

También se allegó dictamen 81199 del 22 de abril de 2016 de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA relacionó una antigüedad en la empresa de 20 años y 6 meses, el cual calificó una PCL del 29,42% por *artrosis postraumática rodilla derecha* derivada de accidente de trabajo (fl. 553 a 561).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 26 de marzo de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**), la exposición al riesgo era ya de 17 años; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 25 de noviembre de 2015 (fl. 1781 Cno. Anexo 29), para un total de 7184 días de exposición al riesgo (26/03/1996 al 25/11/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6184 días equivalentes al 86,08% del total de exposición (26/03/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $2.898.491 (fl. 1662 Cno. Anexo 29) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado, advirtiendo que si bien la hoja de autorización de servicios indica un diagnóstico distinto a la enfermedad laboral calificada, en todo caso la historia clínica acredita que la atención si fue por la patología calificada (fl. 1664 a 1782 Cno. Anexo 29) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada ítem cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 86,08% sobre el valor de $2.898.491.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que los servicios recobrados fueron prestados por un accidente de trabajo, ya que si se allegó el dictamen 81199 del 22 de abril de 2016 de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA por *artrosis postraumática rodilla derecha* derivada de accidente de trabajo (fl. 553 a 561), lo cierto es que los servicios de salud fueron brindados por la enfermedad laboral *síndrome del túnel del carpo* ((fl. 1664 a 1782 Cno. Anexo 29), por lo cual no hay motivo para acceder al reproche del apelante.

30. FABIOLA VÁSQUEZ BOHÓRQUEZ

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 08 de julio de 2004 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 463), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 512998 del 19 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1791 a 1794 Cno. Anexo 30), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *epicondilitis lateral y medial derecha* y *sinovitis y tenosinovitis 5 dedo mano izquierda* con fecha de estructuración del 28 de febrero de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 9 años.

También se allegó copia del dictamen 39531474 de COMPENSAR E.P.S. del 21 de julio de 2015 que calificó como de origen común la *bursitis del hombro bilateral, tendinitis de bíceps derecho y síndrome de manguito rotatorio derecho* y como de origen laboral el *síndrome del túnel carpiano bilateral* (cd fl. 816).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para 19 de abril de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**) la exposición al riesgo era

aproximadamente de 9 años, lo cual corresponde con la fecha de afiliación a la ARL demandada, por lo que se tomará la misma como extremo temporal inicial de la exposición al riesgo; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 06 de agosto de 2013 (fl. 1807 Cno. Anexo 30), para un total de 3317 días de exposición al riesgo (08/07/2004 al 06/08/2013), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 3158 días equivalentes al 95,21% del total de exposición (08/07/2004 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $3.366.198 (fl. 1790 Cno. Anexo 30) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado, advirtiendo que si bien la hoja de autorización de servicios indica un diagnóstico distinto la enfermedad laboral calificada, la historia clínica acredita que la atención si fue por la patología calificada (fl. 1796 a 1807 Cno. Anexo 5) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no ordenará el recobro de $2.750.000 por *gestión operativa especializada para la F.G.N en Bogotá* (fl. 1796 a 1798 Cno. Anexo 30), ni de $180.000 por *análisis de puesto de trabajo* (fl. 1806 a 1807 Cno. Anexo 30) por cuanto no se precisó en qué consiste ese servicio ni su relación con las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994, por tanto, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 95,21% sobre el valor de $436.198.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la ausencia de reporte de enfermedad durante su cobertura impide el recobro, por cuanto ello no desvirtúa el periodo de exposición al riesgo que se acreditó en el proceso a través de los otros medios de prueba, ya que el recobro procede ante la exposición al riesgo sin que ninguna de las normas condicionen su procedencia al reporte de enfermedad, por tanto, dicho requisito

alegado por la ARL es adicional a los exigidos por Ley y por tal razón no puede ser considerado.

Del mismo modo, no se accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la enfermedad calificada fue causada por un riesgo distinto al alegado, por cuanto **POSITIVA** siempre indicó que el riesgo que genero tal enfermedad fue el ergonómico, por ende, nunca alegó un riesgo distinto al que ordinariamente causa dichas afectaciones y no hay motivo para acceder a la suplica del apelante.

31. MARÍA ALBA LÓPEZ GIRALDO

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 05 de octubre de 2004 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 479), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 512730 del 18 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1817 a 1822 Cno. Anexo 31), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo derecho* con fecha de estructuración del 14 de abril de 2010 y registro que desde el inicio de la vinculación en 2004 la trabajadora está sometida a riesgo ergonómico por movimientos repetitivos y postura forzada de miembro superior.

Los anteriores medios de prueba acreditan que desde el 05 de octubre de 2004, inició la exposición al riesgo; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 02 de febrero de 2015 (fl. 1909 Cno. Anexo 31), para un total de 3773 días de exposición al riesgo (05/10/2004 al 02/02/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 3069 días equivalentes al 81,34% del total de exposición (05/10/2004 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $3.016.890 (fl. 1815 Cno. Anexo 31) y aportó las facturas,

constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado, advirtiendo que si bien la hoja de autorización de servicios indica un diagnóstico distinto a la enfermedad laboral calificada, la historia clínica acredita que la atención si fue por la patología calificada (fl. 1827 a 1911 Cno. Anexo 31) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así las cosas, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 81,34% sobre el valor de $3.016.890.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la ausencia de reporte de enfermedad durante su cobertura impide el recobro, por cuanto ello no desvirtúa el periodo de exposición al riesgo que se acreditó en el proceso a través de los otros medios de prueba, ya que el recobro procede ante la exposición al riesgo sin que ninguna de las normas condicione su procedencia al reporte de enfermedad, por tanto, dicho requisito alegado por la ARL es adicional a los exigidos por Ley y por tal razón no puede ser considerado.

Tampoco se accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la enfermedad calificada fue causada por un riesgo distinto al alegado, por cuanto **POSITIVA** siempre indicó que el riesgo que genero tal enfermedad fue el ergonómico, por ende, nunca alegó un riesgo distinto al que ordinariamente causa dichas afectaciones y no hay motivo para acceder a la suplica del apelante.

32. NELLY LEONOR GÓMEZ MONTERO

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 475), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 582697 del 30 de julio de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1921 a 1923 Cno. Anexo 32), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo (persona diestra)* y *epicondilitis lateral* con fecha de estructuración del 26 de junio de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de **29 años**.

También se allegó copia del dictamen 5220 de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOLÍVAR del 26 de junio de 2013, el cual relacionó una antigüedad en el cargo de **29 años** y concluyó que el *síndrome del túnel carpiano* y *epicondilitis lateral* como de origen laboral (fl. 618 a 622, cd fl. 816); así mismo, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN certificó que el 1° de junio de 1992 se vinculó a la usuaria.

Los anteriores medios de prueba permiten inferir que desde la vinculación de la trabajadora a la Fiscalía General de la Nación el 1° de julio de 1992 inició la exposición al riesgo, sin que pueda considerarse como extremo temporal inicial la antigüedad en el cargo de 29 años señalada en los dictámenes de **POSITIVA** y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOLÍVAR de 2013, por cuanto en los mismo no se relacionó un empleador anterior a la Fiscalía y está empezó funciones el 1° de julio de 1992 conforme el Decreto 2699 de 1991; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 11 de marzo de 2014 (fl. 1931 Cno. Anexo 32), para un total de 7924 días de exposición al riesgo (01/07/1992 al 11/03/2014), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 79,11% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $120.789 (fl. 1919 Cno. Anexo 32) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado,

advirtiendo que si bien la hoja de autorización de servicios indica un diagnóstico distinto a la enfermedad laboral calificada, la historia clínica acredita que la atención lo fue por la patología calificada (fl. 1924 a 1931 Cno. Anexo 32). Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 79,11% sobre el valor de $120.789.

33. MARIO BENEDICTO QUIÑONES BEDOYA

La demandada **COLMENA** aceptó que dicho usuario fue su afiliado, pero no allegó certificado que fije los extremos temporales de la cobertura, sin embargo, indicó que con la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN celebró el contrato 2273 vigente del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 (fl. 457 a 495) y el dictamen 524860 de **POSITIVA** del 08 de mayo de 2013 relacionó una antigüedad en la Fiscalía de 20 años (fl. 1941 a 1943 Cno. 33), de lo cual se infiere que la vinculación del usuario a la Fiscalía inició el último día de 1993 y como periodo de cobertura por **COLMENA** se tomará la vigencia del contrato 2273; así mismo, la ARL demandada aceptó que desde el 1° de marzo de 2013 el usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 524860 de **POSITIVA** del 08 de mayo de 2013 (fl. 1941 a 1943 Cno. 33), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 20 años.

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 08 de mayo de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**), la exposición al riesgo era ya de 20 años; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 18 de mayo de 2013 (fl. 1950 Cno. Anexo 33), para un total de 7079 días de exposición al riesgo (31/12/1993 al 18/05/2013), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 88,56% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013)

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $291.354 (fl. 1940 Cno. Anexo 33) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1944 a 1951 Cno. Anexo 33). Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 88,56% sobre el valor de $291.354.

34. JANETH ALEJANDRA PÉREZ CARRASCAL

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 24 de mayo de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 462), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 507476 del 03 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1961 a 1965 Cno. Anexo 34), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *trastorno depresivo recurrente* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió en observaciones una antigüedad en la empresa (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) de 16 años.

También se allegó copia del dictamen 554444 de **POSITIVA** del 31 de julio de 2014 que concluyó una PCL de 16,30% por *trastorno depresivo recurrente* de origen laboral y de nuevo relacionó una antigüedad en el cargo de 18 años, diagnostico que coincide con el señalado en el dictamen 32732341 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ del 29 de septiembre de 2010 que determinó el *trastorno mixto de ansiedad y depresión* como laboral (fl. 623 a 654).

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 31 de julio de 2014 (fecha dictamen **POSITIVA**) la exposición al riesgo era ya de 18 años; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 07 de noviembre de 2014 (fl. 1979 Cno. Anexo 34), para un total de

6674 días de exposición al riesgo (31/07/1996 al 07/11/2014), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6057 días equivalentes al 90,76% del total de exposición (31/07/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $311.154 (fl. 1959 Cno. Anexo 34) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 1969 a 1979 Cno. Anexo 34) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 90,76% sobre el valor de $311.154.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que la enfermedad calificada fue causada por un riesgo distinto al alegado, por cuanto los elementos de prueba acreditan que la afiliada fue calificada por *trastorno depresivo recurrente* (fl. 1961 a 1965 Cno. Anexo 34) y *trastorno mixto de ansiedad y depresión* (fl. 623 a 654), indicando **POSITIVA** que el riesgo que generó tal enfermedad fue el psicosocial, por ende, nunca alegó un riesgo distinto al que ordinariamente causa dichas afectaciones y no hay motivo para acceder a la suplica del apelante.

35. CRISTIAN VILLABONA PÉREZ

Se acreditó que estuvo afiliado a **COLMENA** del 1° de mayo de 1998 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 477), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicho usuario está afiliado a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 792003 del 05 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 1989 a 1991 Cno. Anexo 35), el cual

diagnosticó las enfermedades laborales de *hipoacusia neurosensorial bilateral* con fecha de estructuración del 01 de marzo de 2013.

También se allegó copia del oficio del 17 de enero de 2005 por el cual **COLMENA** comunicó que realizó calificación como profesional la *hipoacusia neurosensorial bilateral* (fl. 552).

Los anteriores medios de prueba permiten inferir que la exposición al riesgo inició con la vinculación del afiliado a la Fiscalía General de la Nación el 1° de mayo de 1998; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 15 de julio de 2015 (fl. 2014 Cno. Anexo 35), para un total de 6285 días de exposición al riesgo (01/05/1998 al 15/07/2015), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 5418 días equivalentes al 86,21% del total de exposición (01/05/1998 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $277.844 (fl. 1987 Cno. Anexo 35) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado (fl. 31995 a 2016 Cno. Anexo 35) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así las cosas, concluye la Sala que es viable acceder el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 86,21% sobre el valor de $277.844.

36. ALBA LUCÍA LÓPEZ RINCÓN

Se acreditó que estuvo afiliada a **COLMENA** del 1° de enero de 1996 al 28 de febrero de 2013 con ocasión de la vinculación a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 461), así mismo, la ARL demandada aceptó el hecho que desde el 1° de marzo de 2013 dicha usuaria está afiliada a **POSITIVA** (fl. 96, 305).

De otra parte, se allegó copia del dictamen 520546 del 25 de abril de 2013 emitido por **POSITIVA** (fl. 2025 a 2026 Cno. Anexo 36), el cual diagnosticó las enfermedades laborales de *síndrome del túnel del carpo* con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2013, así mismo, describió como antecedentes laborales 20 años y 9 meses de riesgos ergonómicos.

También se allegó copia del oficio del 17 de mayo de 2007 por el cual **COLMENA** manifestó estar de acuerdo con la definición del *síndrome del túnel del carpo derecho* como laboral realizada por COOMEVA E.P.S. (fl. 575), también se aportó copia del dictamen 13281-2 del 11 de febrero de 2007 (fl. 576) en el cual se relacionó como fecha de inicio de los síntomas el 2003 y como fecha de inicio de exposición 1990 y un total de 204 meses de exposición y determinó como laboral el *síndrome de túnel del carpo.*

Los anteriores medios de prueba acreditan que para el 25 de abril de 2013 (fecha dictamen **POSITIVA**) se relacionó de forma expresa una exposición al riesgo de 20 años y 9 meses, sin que sea viable considerar como fecha de inicio el año 1990 ya que el dictamen de COOMEVA E.P.S. no relacionó empleadores anteriores a la Fiscalía General de la Nación y esta entidad inició operaciones el 1° de julio de 1992 conforme el Decreto 2699 de 1991; de otra parte, la prestación del último servicio recobrado fue el 28 de junio de 2013 (fl. 2032 y 2037 Cno. Anexo 36), para un total de 7644 días de exposición al riesgo (25/07/1992 al 28/06/2013), de los cuales **COLMENA** asumió la cobertura de 6269 días equivalentes al 82,01% del total de exposición (01/01/1996 al 28/02/2013).

En cuanto el valor de los servicios recobrados, **POSITIVA** alega que pagó $165.814 (fl. 2024 Cno. Anexo 36) y aportó las facturas, constancia de realización o entrega de servicios y ordenes médicas para su realización con ocasión del diagnóstico calificado al afiliado, advirtiendo que si bien la hoja de autorización de servicios indica un diagnóstico distinto a la enfermedad laboral calificada, la historia

clínica acredita que la atención si fue por la patología calificada (fl. 2029 a 2038 Cno. Anexo 36) y si bien **POSITIVA** presentó facturas globales de servicios también allegó la descripción de cada *ítem* cobrado, lo cual permite identificar el monto de los servicios prestados al afiliado. Así las cosas, concluye la Sala que es viable ordenar el recobro a cargo de la ARL demandada en un porcentaje del 82,01% sobre el valor de $165.814.

De otra parte, la Sala no accederá al reproche de la apelante **COLMENA** relativo a que las prestaciones recobradas lo fueron por diagnósticos distintos al *síndrome de túnel del carpo*, por cuanto se reitera que si bien la hoja de autorización de servicios registra un diagnóstico distinto a la precitada enfermedad laboral calificada, la historia clínica acredita que la atención si fue por dicha patología (fl. 2029 a 2038 Cno. Anexo 36), por tanto, no le asiste mérito al mérito elevado por la apelante.

Sobre la Excepción de Compensación.

Resuelta la objeción relativa al cumplimiento de los presupuestos para la procedencia de los recobros, procede la Sala a resolver la excepción de compensación que propone el apoderado de la ARL demandada en su recurso de apelación.

El Decreto 2509 del 23 de diciembre de 2015, creó el *Sistema de Compensación Monetaria* entre las Administradoras de Riesgos Laborales con el propósito de corregir los efectos y consecuencias financieras de la concentración de riesgos en dicho sistema y adoptar medidas para evitarla para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema a través de la implementación, general y única, de un mecanismo de compensación económica para evitar la selección adversa.

Dicho mecanismo, por expresa disposición de su artículo 2.2.4.9.2.3, se aplicó para el año 2015, teniendo en cuenta para su calculo el IBC la siniestralidad pagada en el periodo comprendido entre

el 1° de octubre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015; para la determinación del monto se consideraron tres (3) factores: ***i)*** alto riesgo inherente con alta incidencia siniestral, ***ii)*** alta concentración de riesgo con alta incidencia siniestral, ***iii)*** alta concentración de riesgo con alto riesgo inherente y alta incidencia siniestral, así mismo, se consideraron las diferencias positivas entre las tasas reales observadas para cada ARL, la tasa real para el total del mercado y los valores del Ingreso Base de Cotización.

En desarrollo del citado Decreto, el MINISTERIO DE TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, expidieron la Resolución conjunta No. 5619 del 29 de diciembre de 2015, donde determinó la suma de $50.976.101.000 como monto total de la compensación a favor la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA AURORA S.A., SEGUROS BOLÍVAR S.A. y **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, distribuido a favor de las ARL con compensación a cargo SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., **COLMENA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A.**, LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C., LIBERTY SEGUROS ARL, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y ARL SURA, fijando como compensación a cargo de **COLMENA** la suma de $16.281.339.000, cifra que debía ser girada a favor de **POSITIVA**. (fl. 444 a 445), acreditando la ARL demandada que realizó dicho giro el 17 de junio de 2016 (fl. 446 a 448).

Sin perjuicio de los resultados de la demanda que cursa contra la precitada Resolución ante la jurisdicción contencioso administrativa (Exp 11001-03-24-000-2017-00017-00), advierte la Sala que el monto que trasladó **COLMENA** a favor de **POSITIVA** fue determinado considerando variables distintas a las de la acción de recobro proporcional entre ARL por exposición de riesgo, toda vez que fueron consideradas variables del mercado de seguros de riesgos laborales en su conjunto, a fin de determinar la concentraciones de riesgo con alta incidencia siniestral y riesgo inherente entre 10 ARL.

En suma, el mecanismo de compensación adoptado por el Gobierno Nacional para garantizar la sostenibilidad financiera del subsistema de riesgos laborales, no enervó la acción de repetición prevista en el inciso 2° del Parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, en favor de las ARL que hubieren asumido el pago de las prestaciones económicas y asistenciales relacionadas con enfermedades profesionales causadas en periodos cuya cobertura estuviera a cargo de las ARL obligadas a compensar conforme los parámetros establecidos en el Decreto 2509 de 2015.

De lo anterior concluye la Sala que la cifra a cargo de **COLMENA** y a favor de **POSITIVA** determinada en la Resolución 5619 del 29 de diciembre de 2015 por valor de $16.281.339.000, tuvo como causa resolver la concentración de riesgo en el mercado de riesgos laborales a favor de las administradoras de riesgos laborales con compensación a favor y cuyo monto total en el periodo del 1° de octubre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015 ascendió a $50.976.101.000, asumiendo la ARL demandada el 31,94% de dicha cifra correctora del mercado.

La finalidad y origen legal de la obligación de compensación monetaria entre las 10 ARL relacionadas en dicha Resolución difiere de la finalidad y origen de la compensación por exposición al riesgo, por cuanto esta última no pretende ningún efecto macroeconómico dirigido a estabilizar el mercado de riesgos laborales sino a asumir, de forma solidaria, el valor del siniestro conforme el periodo de cobertura del riesgo a lo largo de las diferentes vinculaciones del afiliado entre las diversas ARL, situación notoria en el presente asunto en donde el periodo de exposición de los 36 afiliados lo fue a lo largo de varios años y no solo de uno como ocurre en el caso de la compensación monetaria a la vez que la proporcionalidad asumida por **COLMENA** se fijó considerando exclusivamente el tiempo de cobertura del riesgo y no otros factores el riesgo inherente y nivel de siniestralidad de dicha ARL.

Por las anteriores circunstancias, no es viable jurídicamente imputar, a título de pago o compensación, el valor que transfirió

COLMENA a **POSITIVA** por *compensación monetaria* frente a las sumas que debe asumir por *compensación por exposición al riesgo*, lo que conlleva a rechazar la solicitud elevada a través del recurso de apelación.

CONCLUSIÓN

Resueltos los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación de **COLMENA**, la Sala modificará las condenas impuestas conforme se indica a continuación:

#	Afiliado	Identificación (CC)	Valor recobro	Proporcionalidad	Valor condena
1	Jacqueline Sarmiento Escobar	40391339	$ 803.817	78,95%	$ 634.614
2	María del Carmen Cifuentes Cristancho	28177652	$ 2.293.667	84,83%	$ 1.945.718
3	María Consuelo López Jiménez	22399615	$ 1.521.812	90,52%	$ 1.377.544
4	Jorge Enrique Prieto Rico	13464673	$ 750.511	87,89%	$ 659.624
5	Yesid Martín Quijano	17308956	$ 357.211	86,89%	$ 310.381
6	Pedro Alfonso Espinoza Granados	88155189	$ 2.331.576	82,26%	$ 1.917.954
7	María Antonia Quintero Amaya	39642177	$ 2.194.240	4,77%	$ 104.665
8	Socorro Flecha Díaz	23555725	$ 1.831.860	86,26%	$ 1.580.162
9	Aurora Patricia Contreras Pérez	52064566	$ 915.034	83,66%	$ 765.517
10	Katrina Riaño Martínez	45484349	$ 876.665	80,36%	$ 704.488
11	Betty Leonarda Pérez Peña	34551684	$ 1.000.000	80,55%	$ 805.500
12	Sandra Victoria Castañeda Rodríguez	51987396	$ 725.905	70,19%	$ 509.513
13	Zaira Rosa Torres Redondo	40912011	$ 1.732.728	83,17%	$ 1.441.110
14	Alejandro Viedma Viedma	6751974	$ 1.920.180	88,37%	$ 1.696.863
15	Diana Jaqueline Bejarano Pineda	51967703	$ 212.760	86,49%	$ 184.016
16	Clara Liliana Martín Peña	52692471	$ 435.010	32,20%	$ 140.073
17	Marco Antony Angarita Parras	79261703	$ 150.000	80,75%	$ 121.125
18	Gabriel Cardona Nieto	19301145	$ 633.976	76,41%	$ 484.421
19	Margarita Rosa Arrazola Berrocal	36564761	$ 491.636	79,43%	$ 390.506
20	Maritza Isabel Flórez Guilbo	36545924	$ 196.200	23,62%	$ 46.342
21	Sandra Leila Barragán Lombana	41595010	$ -	81,53%	$ -
22	Omaira Cabanzo Frade	21234423	$ 216.380	86,59%	$ 187.363
23	Gloria Lucía Cuellar Núñez	41790789	$ 2.819.830	90,02%	$ 2.538.411
24	María Jimena Perdomo Sefair	39557266	$ -	94,23%	$ -
25	Luís Fernando Osorio Murillo	75039171	$ -	80,78%	$ -
26	Azucena Ramírez Ramírez	63480262	$ -	99,67%	$ -
27	Carlos Fernando Cepedayroca Macías	8715064	$ 7.038.084	78,04%	$ 5.492.521
28	Rita Julia Vanegas Sánchez	35325503	$ 3.520.521	86,28%	$ 3.037.506
29	Alberto Arenas Martínez	13847387	$ 2.898.491	86,08%	$ 2.495.021
30	Fabiola Vásquez Bohórquez	39531474	$ 436.198	95,21%	$ 415.304
31	María Alba López Giraldo	25243867	$ 3.016.890	81,34%	$ 2.453.938
32	Nelly Leonor Gómez Montero	36488766	$ 120.789	79,11%	$ 95.556
33	Mario Benedicto Quiñones Bedoya	93641199	$ 291.354	88,56%	$ 258.023
34	Janeth Alejandra Pérez Carrascal	32732341	$ 311.154	90,76%	$ 282.403
35	Cristian Villabona Pérez	13847579	$ 277.844	86,21%	$ 239.529
36	Alba Lucía López Rincón	21421698	$ 165.814	82,01%	$ 135.984
TOTAL CONDENA					**$ 33.451.698**

De otra parte, como quiera que no se probó la excepción de compensación, se confirmará la sentencia apelada en tal sentido.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA** a pagar a la demandante **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** a pagar TREINTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($33.451.698) por concepto de recobros por prestaciones asistenciales, conforme se indica a continuación:

#	Afiliado	Identificación (CC)	Valor recobro	Proporcionalidad	Valor condena
1	Jacqueline Sarmiento Escobar	40391339	$ 803.817	78,95%	$ 634.614
2	María del Carmen Cifuentes Cristancho	28177652	$ 2.293.667	84,83%	$ 1.945.718
3	María Consuelo López Jiménez	22399615	$ 1.521.812	90,52%	$ 1.377.544
4	Jorge Enrique Prieto Rico	13464673	$ 750.511	87,89%	$ 659.624
5	Yesid Martín Quijano	17308956	$ 357.211	86,89%	$ 310.381
6	Pedro Alfonso Espinoza Granados	88155189	$ 2.331.576	82,26%	$ 1.917.954
7	María Antonia Quintero Amaya	39642177	$ 2.194.240	4,77%	$ 104.665
8	Socorro Flecha Díaz	23555725	$ 1.831.860	86.26%	$ 1.580.162
9	Aurora Patricia Contreras Pérez	52064566	$ 915.034	83,66%	$ 765.517
10	Katrina Riaño Martínez	45484349	$ 876.665	80,36%	$ 704.488
11	Betty Leonarda Pérez Peña	34551684	$ 1.000.000	80,55%	$ 805.500
12	Sandra Victoria Castañeda Rodríguez	51987396	$ 725.905	70,19%	$ 509.513
13	Zaira Rosa Torres Redondo	40912011	$ 1.732.728	83,17%	$ 1.441.110
14	Alejandro Viedma Viedma	6751974	$ 1.920.180	88,37%	$ 1.696.863
15	Diana Jaqueline Bejarano Pineda	51967703	$ 212.760	86,49%	$ 184.016
16	Clara Liliana Martín Peña	52692471	$ 435.010	32,20%	$ 140.073
17	Marco Antony Angarita Parras	79261703	$ 150.000	80,75%	$ 121.125
18	Gabriel Cardona Nieto	19301145	$ 633.976	76,41%	$ 484.421
19	Margarita Rosa Arrazola Berrocal	36564761	$ 491.636	79,43%	$ 390.506
20	Maritza Isabel Flórez Guilbo	36545924	$ 196.200	23,62%	$ 46.342
21	Sandra Leila Barragán Lombana	41595010	$ -	81,53%	$ -
22	Omaira Cabanzo Frade	21234423	$ 216.380	86,59%	$ 187.363
23	Gloria Lucía Cuellar Núñez	41790789	$ 2.819.830	90,02%	$ 2.538.411
24	María Jimena Perdomo Sefair	39557266	$ -	94,23%	$ -
25	Luis Fernando Osorio Murillo	75039171	$ -	80,78%	$ -
26	Azucena Ramírez Ramírez	63480262	$ -	99,67%	$ -
27	Carlos Fernando Cepedayroca Macías	8715064	$ 7.038.084	78,04%	$ 5.492.521
28	Rita Julia Vanegas Sánchez	35325503	$ 3.520.521	86,28%	$ 3.037.506
29	Alberto Arenas Martínez	13847387	$ 2.898.491	86,08%	$ 2.495.021
30	Fabiola Vásquez Bohórquez	39531474	$ 436.198	95,21%	$ 415.304
31	María Alba López Giraldo	25243867	$ 3.016.890	81,34%	$ 2.453.938
32	Nelly Leonor Gómez Montero	36488766	$ 120.789	79,11%	$ 95.556
33	Mario Benedicto Quiñones Bedoya	93641199	$ 291.354	88,56%	$ 258.023
34	Janeth Alejandra Pérez Carrascal	32732341	$ 311.154	90,76%	$ 282.403
35	Cristian Villabona Pérez	13847579	$ 277.844	86,21%	$ 239.529
36	Alba Lucía López Rincón	21421698	$ 165.814	82,01%	$ 135.984
TOTAL CONDENA					**$ 33.451.698**

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0192-2021
Radicado N° 38-2019-00666-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP** contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que el derecho del demandante a que la demandada le reconozca pensión de jubilación convencional desde el 20 de mayo de 2011 en cuantía inicial de $1.620.638 y con las mesadas adicionales de junio y noviembre y reajustes legales, junto con el pago del retroactivo causado desde febrero de 2016, autorizó la deducción de aportes a salud, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada (archivos "*9 AUDIENCIA 80*" y "*10 ACTA AUDIENCIA*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 13 archivo "*1 EXPEDIENTE*").**

OSCAR DE JESÚS RIVERA PÉREZ solicitó declarar que prestó sus servicios para la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO mediante contrato de trabajo por 23 años y

que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, en consecuencia, condenar a la **UGPP** a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional desde el 20 de mayo de 2011, debidamente indexada la primera mesada y con los ajustes de ley y mesadas adicionales de junio y diciembre, retroactivo pensional, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró mediante contrato de trabajo a favor de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO S.A. desde el 03 de junio de 1976 al 27 de junio de 1999, siendo su ultimo cargo *subdirector II grado 6* de la oficina de Risaralda – Caldas, siendo su último salario promedio mensual de $1.120.261. Aseguró que estuvo afiliada al SINDICATO NACIONAL DE LOS TRABAJADORES DE LA CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO "SINTRACREDITARIO" y por eso fue beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita entre su empleador y dicha organización, la cual estaba vigente a la fecha de su despido sin justa causa. Aseguró que la **UGPP** es responsable del reconocimiento de las prestaciones económicas legales y convencionales a los ex trabajadores de la extinta CAJA AGRARIA en virtud del Decreto 2842 de 2013 y que cumplió los 55 años el 20 de mayo de 2011, por lo cual presentó reclamación solicitando su pensión a la **UGPP**.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (pág. 36 a 41 archivo "*1 EXPEDIENTE*").**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Manifestó que las pretensiones carecen de sustento legal y fáctico, ya que el parágrafo 1° del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo 1998-1999 consagró la pensión de jubilación a favor del trabajador retirado sin cumplir la edad de 55 años una vez cumpliera dicha edad siempre y cuando hubiera laborado 20 años para la institución, por tanto el demandante tenía una expectativa al

cumplir dichos requisitos, sin embargo, el Acto Legislativo 1° de 2005 estableció la pérdida de vigencia de las reglas convencionales pensionales el 31 de julio de 2010, momento para el cual el demandante no tenía 55 años y por ende no consolidó su derecho antes del cambio constitucional. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, improcedencia de mesadas adicionales, prescripción, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivos "9 AUDIENCIA 80" y "10 ACTA AUDIENCIA").

El 10 de junio de 2020, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) ***PRIMERO: DECLARAR*** *que al demandante OSCAR DE JESÚS RIVERA PÉREZ, le asiste el derecho a que LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., le reconozca la pensión de jubilación convencional, a partir del 20 mayo de 2011, en cuantía inicial de $1.620.638 valor sobre el cual deberá aplicar los reajustes legales anuales pertinentes y pagar las mesadas adicionales de junio y noviembre que se paguen en diciembre que proceden. Así mismo, la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P. deberá pagarle al demandante a partir del mes de febrero de 2016 las mesadas pensionales correspondientes las cuales deberán ser indexadas tomando para el efecto el índice de precios al consumidor que certifique el DANE, de acuerdo con la siguiente formula de índice final sobre índice inicial por el valor histórico, Tomando como índice inicial el de la fecha de causación de la respectiva mesada pensional y como índice final el de la fecha en que efectivamente pagada la mesada al accionante. Cabe anotar que se autoriza a la UGPP para que del retroactivo de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho el accionante descuente en la proporción que legalmente corresponde los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud.* ***SEGUNDO: EXCEPCIONES.*** *Dadas las resultas del juicio el Despacho declara probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas entre el mes de mayo del año de 2011 y el mes de enero del año 2016 y no probados los medios exceptivos planteados respecto de las determinaciones adoptadas.* ***TERCERO: COSTAS.*** *Lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias*

en derecho la suma de $3.000.000 en favor del demandante. ***CUARTO:*** *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR. (...)"*

El Juez de primera instancia indicó que el problema jurídico versaría sobre los hechos no admitidos y la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que se acreditó que el demandante laboró a favor de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO desde el 03 de junio de 1973 hasta el 27 de junio de 1999, por tanto, al momento de su retiro tenía 23 años de servicio; que la H. CSJ, analizó en las sentencias SL526 de 2018 y SL4550 de 2020 el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo 1998-1999 y concluyó que la edad era un requisito de disfrute más no de causación de la pensión de jubilación allí contemplada, derecho que se causa con más de 20 años de servicios a la entidad y el retiro, condiciones que cumplió el demandante desde 1999 y por ende tiene un derecho adquirido que no se afecta con el Acto Legislativo 1° de 2005, por lo cual condenó al reconocimiento de la pensión desde el cumplimiento de 55 años sobre el 75% del promedio del último salario y en 14 mesadas, indexó la primera mesada y declaró prescritas las mesadas anteriores a febrero de 2016 considerando la fecha de la reclamación administrativa y la indexación del retroactivo pensional.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El demandante **OSCAR DE JESÚS RIVERA PÉREZ** solicitó modificar parcialmente la sentencia, en el sentido de indexar la primera mesada considerando los IPC de diciembre del año anterior al retiro del servicio y del reconocimiento de la pensión por cuanto no hacerlo genera una diferencia, así mismo solicitó que la indexación del retroactivo se realice considerando el IPC de diciembre del año anterior al de cada mesada[1] (34:18 archivo "*9 AUDIENCIA 80*").

[1] Su señoría, con todo respeto interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Laboral para que modifique parcialmente la sentencia proferida por el Despacho en los siguientes términos. De acuerdo a la liquidación realizada por el

La demandada **UGPP** solicitó revocar la sentencia. Indicó que el demandante no cumplió los requisitos para causar la pensión de jubilación convencional antes del 31 de julio de 2010 conforme el Acto Legislativo 1° de 2005, ya que cumplió 55 años hasta 2011, por tanto, no le asiste derecho a dicha prestación[2] (31:26 archivo "*9 AUDIENCIA 80*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de la demandada **UGPP** solicitó revocar cualquier condena contra la Entidad, ya que el demandante debía cumplir 55 años para causar el derecho pensional y antes de eso solo tenía una mera expectativa, la cual fue afectada por el Acto Legislativo 1° de 2005 que limitó la

---

Despacho a la primera mesada pensional a que tiene derecho mi demandante a partir del 20 de mayo de 2011, encuentro que el Despacho aplica el IPC correspondiente al mes en que se cumple la edad y el mes en que fue retirado mi demandante de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y la Corte Suprema de Justicia ha establecido una formula en la cual indica que el IPC final es el IPC de la última navidad en la fecha de pensión y el IPC pensión corresponde al IPC de la última navidad de la fecha de retiro o desvinculación, siendo así entonces que el señor OSCAR DE JESÚS RIVERA PÉREZ cumple los 55 años el 20 de mayo de 2011, por tanto debe aplicarse el IPC para diciembre de 2010, igualmente como fue retirado del servicio el 27 de junio de 1999 se debe aplicar el IPC de diciembre de 1998, efectuada la liquidación con los IPC correspondientes tenemos como primer mesada y atendiendo el valor inicial que esta en la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura, existe una diferencia en la mesada pensional, es así entonces que ruego a los honorables magistrados se determine los IPC correspondientes a esas anualidades y que se haga la aplicación correspondiente y así se liquide la primera mesada pensional, igualmente se modifique en el sentido que la indexación no es mes a mes sino que corresponde a las últimas anualidades en que se va efectuando el pago de las mesadas. De esta manera su Señoría dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias.

[2] Me permito manifestar que me aparto de la sentencia proferida por este Despacho, toda vez que el señor demandante no cumple con los requisitos que la ley y la convención colectiva de trabajo exigen para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, toda vez que al entrar en vigencia el Acto Legislativo 1° de 2005 dicha convención se encontraba sujeta a prorrogas automáticas, sin que en ningún caso pudiera extenderse su vigencia después del 31 de julio de 2010, indicando que no habrían régimen exceptuados al Sistema General de Pensiones no ser que se hubiesen cumplido todos los requisitos para acceder a ella, lo cual no ocurrió en el presente caso porque el demandante al 31 de julio de 2010 contaba 23 años y 25 días de servicio y con 54 años de edad, em idéntico sentido se encuentra pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Laboral M.P. María del Carmén Chaín López Rad. 24-2012-00117, en el que analizando una convención colectiva que consagra el derecho a la pensión de jubilación señaló: "el recurrente considera que había adquirido el derecho por que la convención colectiva de trabajo fue suscrita antes del acto legislativo 01 de 2005, pero esta sala considera que solo tenía una expectativa porque requería para su consolidación acreditar 20 años de servicios y además 55 años de edad y aunque desde el año 1997 había completado los 20 años de servicios, consolidó su derecho después del 31 de julio de 2010 porque solo hasta el 23 de mayo de 2011 cumplió los 55 años de edad", así las cosas, por lo anteriormente expuesto y los documentos que reposan en el expediente administrativo del demandante, la UGPP no tiene ninguna obligación legal o extralegal pendiente de reconocer al demandante toda vez que el actor no tiene derecho a la pensión de jubilación convencional por no demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento, razón por la cual, como se ha venido manifestando a lo largo del proceso, no es procedente el reconocimiento pensional al señor RIVERA. En ese orden dejo sustentado mi recurso de apelación para que el Tribunal revoque la sentencia de este Despacho conforme lo expuesto, muchas gracias.

vigencia de las normas pensionales convencionales hasta el 31 de julio de 2010, fecha en la cual el demandante no tenía la edad requerida para adquirir el derecho a la pensión. Agotado el término de traslado, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **UGPP**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66ª y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional reclamado y demás pretensiones y el eventual monto de dicha prestación, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto la demandada **UGPP** no aceptó ninguno de los hechos de la demanda, por tanto, todos ellos están sometidos a controversia judicial.

- **Sobre la Pensión de Jubilación Convencional del Artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 Suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO.**

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de forma reiterada y pacífica, ha interpretado el Parágrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita entre la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, concluyendo que la edad es un mero requisito de exigibilidad, más no de causación, tal y como indicó la Sala de Casación Laboral Permanente en las sentencias SL2297 de 2021, SL2655 de 2021, SL3438 de 2021, entre otras, posición que ha reiterado la Sala de Casación Laboral de Descongestión en las sentencias SL2620 de 2021, SL3095 de 2021, SL3317 de 2021, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró el derecho del demandante a que la demandada le reconozca pensión de jubilación convencional desde el 20 de mayo de 2011, en cuantía inicial de $1.620.638 y con las mesadas adicionales de junio y noviembre y reajustes legales, junto con el pago del retroactivo causado desde febrero de 2016, autorizó la deducción de aportes a salud, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

La apoderada del demandante **OSCAR DE JESÚS RIVERA PÉREZ** presentó recurso de apelación y solicitó modificar parcialmente el fallo, a fin de indexar la primera mesada y el retroactivo considerando los IPC de diciembre del año anterior de las fechas consideradas para el cálculo.

La apoderada de la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** presentó recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que el demandante no cumplió los requisitos para acceder a la pensión convencional antes del 31 de julio de 2010, ya que completó 55 años en 2011, por lo cual no tiene derecho a la prestación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, la H. CSJ ha sostenido de forma pacifica respecto de la pensión de jubilación convencional consagrada en el parágrafo 1° del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo 1998-1999 suscrita entre la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y SINTRACREDITARIO que la edad allí señalada es un requisito de exigibilidad más no de causación de la pensión, tal y como ha reiterado la Alta Corte en las sentencias SL2297 de 2021, SL2620 de 2021, SL2655 de 2021, SL3095 de 2021, SL3317 de 2021, SL3438 de 2021, entre otras.

Considerando la anterior regla jurisprudencial, en el presente asunto se demostró que el demandante **OSCAR DE JESÚS RIVERA PÉREZ** nació el 20 de mayo de 1956 (pág. 17 a 19 archivo "*1 EXPEDIENTE*"); que laboró mediante contrato de trabajo para la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO del 03 de junio de 1976 al 27 de junio de 1999 (pág. 20 a 21 archivo "*1 EXPEDIENTE*") y fue afiliado a SINTRACREDITARIO y se beneficio de la convención colectiva de trabajo 1998-1999 (pág. 29 archivo "*1 EXPEDIENTE*").

Conforme los anteriores medios de prueba, no existe duda que el demandante cumple los requisitos de causación de la pensión convencional de jubilación consagrada en el Parágrafo 1° del artículo 41 de la CCT 1998-1999, por cuanto laboró para la extinta entidad más de 23 años antes de su retiro, por tanto, cumple con los requisitos de causación exigidos, siendo la edad un requisito de disfrute conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ.

Lo anterior permite concluir que desde el 28 de junio de 1999, el demandante causó el derecho a la pensión reclamada, situación que conlleva a rechazar el recurso de apelación de la **UGPP**, ya que la edad era apenas un requisito de disfrute y por tanto no tiene ninguna implicación que haya sido cumplido luego del 31 de julio de 2010.

En cuanto las características del derecho pensional, su causación lo fue al día siguiente del retiro del demandante de la caja, esto es, desde el 28 de junio de 1999, su monto corresponde al 75% del salario y demás factores relacionados en el parágrafo 3 del artículo 41 convencional (pág. 24 a 25 archivo "*Convencion 1998 - 1999*" carpeta "*2 CD FL 26*") conforme lo dicho por la H. CSJ en la sentencia SL2620 de 2021, siendo certificados dichos factores por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el 13 de septiembre de 2019 (pág. 20 a 21 archivo "*1 EXPEDIENTE*") y cuyo promedio en el último año de servicio ascendió a $1.120.261, por tanto, el 75% de dicho monto es $840.196; en cuanto el número de mesadas, corresponderá a 14 mesadas anuales conforme el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, ya que la causación del derecho ocurrió antes de la expedición del Acto Legislativo 1° de 2005.

Establecidas las principales características del derecho pensional, procede la Sala a resolver los puntos de apelación de la apoderada de la parte demandante, relativos al uso del IPC en las formulas de indexación de la primera mesada y retroactivo pensional.

En el presente asunto el disfrute de la pensión convencional de jubilación se generó al momento en que el demandante cumplió 55 años, lo que implica que si bien el derecho estaba causado al 28 de junio de 1999 solo hasta el 20 de mayo de 2011 procedía su pago, existiendo un lapso considerable de tiempo donde la inflación generó la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, en consecuencia, procede la indexación de la primera mesada para corregir dicha devaluación.

La H. CSJ ha sostenido que el valor indexado de la primera mesada se obtiene al multiplicar el valor del salario por el cociente que resulta de dividir el IPC final (estructuración del derecho) y el IPC inicial (data del último salario o desvinculación), correspondiendo dichos índices económicos a los causados al 31 de diciembre del año

inmediatamente anterior, tal y como indicó en las sentencias SL13688 de 2016, SL4633 de 2020, SL3599 de 2021, entre otras.

Aplicando la precitada regla jurisprudencial al caso bajo estudio, se obtiene como valor indexado de la primera mesada al 20 de mayo de 2011 la suma de $1.694.464, valor superior al definido por el *a quo*, motivo por el cual se modificará dicho punto de la sentencia:

Mesada	IPC inicial 1998-12	IPC final 2010-12	Mesada indexada a 2011
$ 840.196	36,42	73,45	$ 1.694.464

Respecto la indexación de las mesadas del retroactivo pensional, no le asiste razón a la apoderada de la parte demandante, por cuanto la H. CSJ ha sostenido que al tratarse de mesadas distintas a la primera, el IPC inicial corresponde al mes de causación de cada una de las mesadas y el IPC final al mes en que se efectúa el pago, tal y como reafirmó recientemente en las sentencias SL3444 de 2021, SL3449 de 2021 y SL3591 de 2021, motivo por el cual se confirmará en tal aspecto la sentencia de primera instancia.

Toda vez que el presente asunto también se conoce en grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**, la Sala procede a pronunciarse sobre la compartibilidad de la pensión convencional, la cual opera por ministerio de la Ley conforme el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985 aprobada con Decreto 2879 de 1985, indicando la H. CSJ expresamente que dicha figura si opera frente la pensión convencional del artículo 41 de la CCT 1998-1999 de la cual se beneficia la demandante, tal y como señaló en las sentencias SL2655 de 2021, SL2769 de 2021 y SL3317 de 2021.

En el presente asunto la apoderada de la parte demandante aportó copia de la Resolución GNR 117087 del 30 de mayo de 2013 proferida por COLPENSIONES, por la cual reconoció al demandante una pensión legal de jubilación conforme la Ley 33 de 1985 a partir del 20 de mayo de 2011 por valor inicial de $1.305.242 (archivo "*Colpensiones Oscar Rivera Perez*" carpeta "*6 RESOLUCION COLPENSIONES*").

Conforme la anterior prueba, la **UGPP** solo será responsable de la mayor diferencia entre la pensión convencional y la pensión legal, por tanto, solo debe asumir la cifra de $389.222.

En cuanto a la autorización a los descuentos de salud del retroactivo pensional, se confirmará la misma por cuanto todo pensionado tiene la obligación legal de realizar los mismos conforme los artículos 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993.

También se confirmará la decisión de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas anteriores a febrero de 2016, toda vez que la demandante acreditó que la reclamación administrativa fue radicada ante la **UGPP** el 20 de febrero de 2019 (fl. 28 archivo ""*1 EXPEDIENTE*").

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido **CONDENAR** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a reconocer y pagar al demandante **OSCAR DE JESÚS RIVERA PÉREZ** la pensión convencional de jubilación del parágrafo 1° del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO S.A. y el SINDICATO NACIONAL DE LOS TRABAJADORES DE LA CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO "SINTRACREDITARIO" 1998-1999, a partir del 20 de mayo de 2011 y en 14 mesadas anuales, pensión que

es compartible con la pensión legal de jubilación reconocida al demandante por COLPENSIONES con la resolución GNR 117087 del 30 de mayo de 2013, junto con sus ajustes de Ley, motivo por el cual el valor inicial de la diferencia a cargo de la **UGPP** es de $389.222. Así mismo, la demandada **UGPP** deberá pagar al demandante el retroactivo pensional por las mesadas pensionales causadas desde febrero de 2016 y hasta su ingreso a nómina de pensionados, debidamente indexado, tomando como IPC inicial el del mes de causación de cada una de las mesadas e IPC final el del mes en que realice el pago, autorizando a la **UGPP** a descontar los aportes a salud, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0197-2021

Radicado N° 39 2019 00218 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2020 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la existencia del derecho a una pensión de invalidez y se declaró probada la excepción de prescripción.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA ALEJANDRA RAMIREZ REYES, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** con el fin de se declare que MARIA ASCENEL REYES SALAZAR causó una pensión de invalidez a partir del 16 de abril de 2004. Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la sustitución

de la pensión de invalidez *postmortem* a partir del 5 de mayo de 2009, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 29 de abril de 2004, se definió que MARIA ASCENEL REYES SALAZAR tenía una pérdida de capacidad laboral del 50.10% que se estructuró el 16 de abril de 2004; que la citada señora solicitó al ISS hoy COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de invalidez en septiembre de 2008; que el 4 de mayo de 2009, MARIA ASCENEL falleció; que para este momento la demandada no había resuelto la solicitud de reconocimiento de pensión elevada por la causante; que era hija única de la causante y nació el 22 de enero de 1996; que mediante sentencia proferida el 9 de marzo de 2011 por el Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá se designó como su guardadora a ROSSY LONDOÑO REYES; que el 14 de 2010, su guardadora solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al ISS hoy COLPENSIONES.

Agregó que mediante Resolución GNR 196967 del 31 de julio de 2013, COLPENSIONES negó el reconocimiento; que mediante Resolución VPB 1634 del 11 de febrero de 2014, la demandada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez *postmortem*, reconoció la pensión de sobrevivientes y dejó en suspenso su inclusión en nómina hasta el momento en que aportara copia de la cédula de ciudadanía; que posteriormente el 10 de junio de 2014, solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez postmortem y su sustitución; que mediante Resolución GNR 76258 del 12 de marzo de 2015, la demandada reconoció la pensión de invalidez *postmortem* a partir del 4 de mayo de 2009 y se solicitó su consentimiento para revocar la Resolución VPB 1634 del 11 de febrero de 2014, que el 29 de abril de 2015, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión. Aduce que mediante Resolución VPB 63461 del 28 de septiembre de 2015, COLPENSIONES reconoció la pensión de invalidez *postmortem* a

partir del 4 de mayo de 2009 y ordenó a su favor un pago único de $32.545.113 como retroactivo pensional causado desde el año 2009.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria (Pdf. 03 fls. 8 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá al que le correspondió tramitar la primera instancia mediante sentencia del 20 de octubre de 2020, declaró la existencia del derecho a una pensión de invalidez y declaró probada la excepción de prescripción. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora María Ascenel Reyes Salazar fue beneficiaria de la pensión de invalidez en virtud del principio de la condición más beneficiosa desde el 16 de abril de 2004. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de la demás pretensiones de la demanda. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandante dentro de los cuales se van a liquidar como agencias en derecho atendiendo a que prospero, pero una de las pretensiones la suma de $300,000, estas*

decisiones quedan las partes notificadas en estrado y contra ella procede recurso de apelación."

La Juez definió el problema jurídico en establecer si MARIA ASCENEL REYES SALAZAR tenía derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 16 de abril de 2004 y si es procedente el pago del retroactivo generado desde esta fecha a la demandante en calidad de hija de la causante. Para resolverlo indicó que las pruebas del expediente acreditan que la causante tenía la condición de inválida desde el 16 de abril de 2004 y que si bien no tenía derecho al reconocimiento de la prestación bajo los lineamientos de la Ley 860 de 2003, al aplicar el principio de la condición más beneficiosa, se obtiene que la causante tenía derecho a la pensión de invalidez desde el 16 de abril de 2004. Sobre el pago del retroactivo pensional que reclama la demandante a partir de esta fecha y hasta mayo de 2009, momento a partir del cual la demandada le reconoció la prestación, definió que éste se encuentra prescrito en cuanto la primera reclamación fue elevada por la demandante en el año 2013 y que el trámite administrativo finalizó con la Resolución VPB 63461 del 28 de septiembre de 2015, y que al haberse presentado la demanda cuando ya había trascurrido el término trienal operó la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no operó la excepción de prescripción declarada en primera instancia, en cuanto el término trienal se interrumpió con las diversas reclamaciones presentadas y la expedición de los actos administrativos que resolvían sobre el derecho reclamado[1].

[1] *"Su señoría de manera respetuosa presentó recurso de apelación en contra de la decisión tomada por el despacho toda vez que los términos de prescripción, fueron interrumpidos de manera legal con las diferentes reclamaciones administrativas y frente a cada*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada solicita en sus alegaciones que confirme la decisión de primera instancia que negó el reconocimiento de la prestación solicitada.

El apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si se causó el retroactivo de la pensión de invalidez de la afiliada fallecida MARIA ASCENEL REYES SALAZAR entre el 16 de abril de 2004 y mayo de 2009, y en dado caso, determinar si operó la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

---

resolución que fue reconociendo y fue negando, el reconocimiento pensional que hoy se debate en este juicio, también fue interrumpido tal y como consta dentro del plenario y como consta en la narración de cada uno de los hechos, la prescripción por supuesto fue interrumpida durante todo este tiempo y la prescripción de manera muy respetuosa tengo que decir, no se puede tomar en la forma en que se ha tomado, sino a partir de los momentos en que se fue interrumpiendo esta prescripción, debido a la moda en el reconocimiento de la misma, básicamente este es el reparo que hago yo, frente a la decisión tomada por el despacho y ésta será ampliada al momento de sustentar, el recurso ante el superior ya sea de manera verbal o de manera escrita como lo determine el Tribunal Superior sala laboral, para poder explicar más puntual porque se interrumpió y cómo se interrumpió esta prescripción, que había decretado el despacho de manera legal y dentro de los términos, que exige la norma tal como obra dentro del plenario su señoría, en ese sentido pues presenta recurso de apelación en contra de la sentencia y también para que una vez revisado por el Tribunal, que si efectivamente se interrumpió los tiempos de prescripción, precisamente el despacho también del Tribunal conceda las demás pretensiones incoadas dentro del proceso, que en ese sentido dejó planteado el recurso ordinario de apelación su señoría."

VII. CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia que ***i)*** MARIA ASCENEL REYES SALAZAR falleció el 4 de mayo de 2009 (carpeta 06, expediente digital); ***ii)*** que la demandante MARIA ALEJANDRA RAMIREZ REYES es hija de la causante y nació el 22 de enero de 1996 (Pdf. 01, fl. 22); ***iii)*** que mediante dictamen del 29 de abril de 2004, la Junta Regional de Calificación de Invalidez definió que MARIA ASCENEL REYES SALAZAR padecía una pérdida de capacidad laboral del 50.10% que se estructuró el 16 de abril de 2004 (Pdf. 01, fls. 18 a 20); ***iv)*** que mediante Resolución VPB 63461 del 28 de septiembre de 2015 COLPENSIONES reconoció una pensión de invalidez postmortem a MARIA ASCENEL REYES SALAZAR a partir del 4 de mayo de 2009 y ordenó el pago del retroactivo pensional causado entre esta fecha y el 21 de enero de 2014 a favor de la demandante (Pdf. 01, fls. 84 a 89).

- **Sobre la Excepción de Prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 de CPL disponen un término de tres años para instaurar la acción judicial que busca el reconocimiento de un derecho laboral, contado *"desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible"* so pena de prescripción, en materia de pensión de invalidez ello ocurre en la fecha en que se declara el estado de invalidez. En ese momento surge el derecho al pago de las mesadas y la acción va prescribiendo para cada una de ellas en forma independiente por tres años, salvo reclamo escrito del afiliado que interrumpe el término prescriptivo, por una sola vez y hace que éste corra nuevamente.

Teniendo en cuenta la especifica controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que se reclama en este proceso el retroactivo pensional causado entre el 16 de abril de 2004 y el 4

de mayo de 2009 (fecha en que falleció la causante), sobre dichas mesadas pensionales, resulta pertinente aclarar que éstas inicialmente correspondían a la causante MARIA ASCENEL REYES SALAZAR y por ello la titularidad de este derecho y la acción para reclamar su pago, estaba inicialmente en cabeza suya, por ello debe analizar la Sala, si la causante reclamó el pago de dicho retroactivo antes de que operara el fenómeno de prescripción respecto de cada una de estas mesadas o si por el contrario entraron a formar parte de la masa sucesoral de la causante.

Una vez revisadas las pruebas del expediente, se advierte que MARIA ASCENEL REYES solicitó al ISS hoy COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de invalidez desde el 4 de diciembre de 2008 (Carpeta expediente administrativo, expediente digital), momento éste a partir del cual se mantuvo suspendido el término de prescripción en cuanto la causante falleció el 4 de mayo de 2009 (carpeta 06, expediente digital), momento para el cual la demandada no se había pronunciado de fondo sobre la solicitud presentada. Por ello, para el momento del fallecimiento de MARIA ASCENEL REYES únicamente quedaban a salvo las mesadas de pensión de invalidez que se podrían haber causado tres años antes de la reclamación que presentó, es decir aquellas transcurridas entre el 4 de diciembre de 2005 y el 4 de mayo de 2009, fecha del óbito.

Ahora bien, se tiene que a partir del momento del fallecimiento de la causante, el retroactivo pensional referido quedo a disposición de sus herederos y correspondía a ellos ejercer la acción respectiva dentro del término señalado inicialmente para reclamarlo. Como para esa data la aquí demandante era menor de edad, resulta pertinente indiciar que los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, disponen que el término de prescripción en los menores de edad se suspende hasta el momento en que arriben a la mayoría de edad, y de la misma forma lo ha entendido la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL3891-2021, SL1365-2020 y SL5177-2018.

Así las cosas, se advierte que la demandante cumplió la mayoría de edad el 22 de enero de 2014 (Pdf. 01, fl. 22), fecha a partir de la cual inició a correr el término de prescripción. La primera reclamación presentada por ésta con posterioridad a dicha data y única que tiene la vocación de interrumpir el término de prescripción se presentó el 10 de junio de 2014 (carpeta expediente administrativo, pdf. 18), tal solicitud fue resuelta por la demandada mediante Resolución GNR 76258 del 12 de marzo de 2015 (carpeta expediente administrativo), acto administrativo frente al cual la demandante presentó recurso de apelación, éste fue resuelto finalmente mediante Resolución VPB 63461 del 28 de septiembre de 2015 (carpeta expediente administrativo), la cual se notificó a la demandante el día 6 de octubre de 2015 (Pdf. 01, fl. 83), momento hasta el cual se entiende que permaneció suspendido el término prescriptivo.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la demanda se presentó el 26 de marzo de 2019, fecha para la cual ya había transcurrido el término de tres años que dispone la norma laboral, se deduce que operó la excepción de prescripción propuesta por la demandada y por ello se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado