

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de FAMISANAR E.P.S. contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **AG LOGISTICS FREIGHT S.A.S.** en contra de **FAMISANAR E.P.S.**

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende **el pago de una licencia de paternidad**, la que fue causada del 31 de marzo al 11 de abril de 2018.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 31 de marzo de 2018, nació Julián Adrián Cárdenas Ríos hijo de su trabajador, Julián Andrés Cárdenas Salcedo; **2)** Julián Andrés Cárdenas Salcedo cotizó durante todo el tiempo de

Demandante: **AG LOGISTICS FREIGHT S.A.S.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

gestación de su esposa, sin embargo, le hicieron falta 10 semanas; **3)** Julián Andrés Cárdenas Salcedo solicitó el pago de su licencia de maternidad, pero fue negada; **4)** A la madre del menor Julián Adrián Cárdenas Ríos se le reconoció licencia de maternidad; y **5)** El 25 de mayo de 2018 solicitó el reconocimiento de la licencia de paternidad de su trabajador, no obstante, fue negada el 07 de junio del mismo año por cuanto no acumulaba el número completo de semanas.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

FAMISANAR E.P.S. no dio contestación a la demanda impetrada por AG LOGISTICS FREIGHT S.A.S.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 40 a 43), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en la que le ordenó a FAMISANAR E.P.S. pagar la suma de **\$800.000**, con las respectivas actualizaciones monetarias, en favor de la sociedad demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que conforme a la Ley 1822 de 2017 para que se pueda acceder a una licencia de maternidad es necesario que se hubieran cotizado las dos semanas previas al nacimiento del menor, requisito que cumple el trabajador de la accionante; y que la mora en dos periodos consecutivos de cotización, si bien puede generar la suspensión del servicio, no genera la falta de pago de prestaciones económicas, pues sólo cuando se haya suspendido el servicio es que puede generarse la negativa del reconocimiento de las acreencias prestacionales aludidas.

IV. APELACIÓN.

FAMISANAR E.P.S. (medio óptico de folio 62).

Adujo que el trabajador no cumple con el periodo de cotización, ya que, ingresó al sistema el 26 de septiembre de 2017, por lo que, a la fecha de inicio de la licencia y en el periodo de gestación únicamente contaba con 155 días cotizados; y que conforme al Decreto 780 de 2016 para que haya lugar a una licencia de maternidad es necesario que hubiere cotizado durante todo el tiempo de gestación de la madre.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si hay lugar al reconocimiento de la licencia de paternidad.

DEL PAGO DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y, en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con

los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté gozando de una de licencia de paternidad (art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016).

En igual sentido, cuando una trabajadora haga uso de la licencia de maternidad, su esposo o compañero permanente pueden gozar de una licencia de ocho días, según las voces del párrafo 1° del Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Artículo 34 de la Ley 50 de 1990, que a su vez fue modificado por el Artículo 1° de la Ley 1822 de 2017, norma que dispone:

“PARÁGRAFO 2o. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

(...).

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.”

De esta manera, la licencia de paternidad es una manifestación del derecho al interés superior del menor de edad, pues a través de ésta se garantiza el cuidado y el amor durante los primeros días de su existencia, permitiéndole no solo la compañía permanente de la madre, sino también la del padre. La presencia del padre durante estos primeros días de vida del recién nacido, resultan fundamentales para que el menor de edad pueda obtener un pleno desarrollo físico y emocional y, además, sirven para que se afiancen las relaciones paterno-filiales.

En otras palabras, el derecho a obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad permite “garantizar al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad”. La licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado y al amor a que tienen todos los niños y niñas del mundo, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo (sentencia T-190 de 2016).

Así mismo, es necesario acotar que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-114 de 2019 estudió un caso de similares características en el que estableció que ante la omisión del legislador en el artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 de establecer el número de semanas que le corresponden al padre del menor para gozar de una licencia de maternidad, puesto que únicamente se dijo que *“se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”*, que el requisito de dos semanas previo al nacimiento del menor al que hace referencia la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, es un presupuesto razonable. Así lo dijo:

“44. De acuerdo con el recuento realizado se observa que, desde la expedición de la Ley 755 de 2002 y hasta que se profirió la **Sentencia C-633 de 2009**, el padre del recién nacido que solicitara el pago de la licencia de paternidad debía cotizar durante las cien (100) semanas previas al nacimiento para acceder a dicha garantía laboral.

Como se advirtió, la **Sentencia C-633 de 2009** declaró la inexecutable de dicho requisito, pues de acuerdo con su *ratio* es válido que el Legislador exija un periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la prestación con el fin de

Demandante: **AG LOGISTICS FREIGHT S.A.S.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

proteger el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud. No obstante, **dicho periodo mínimo debe ajustarse a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales.** Así mismo, la decisión indicó que no se podría exigir la cotización de un número mayor de semanas a las que se exigía para reconocer el pago de la licencia de maternidad, en la medida que era la situación fáctica más cercana al caso concreto.

45. La Ley 1468 de 2011 derogó la Ley 755 de 2002, de manera que estableció un nuevo criterio legislativo según el cual se debía cotizar durante las **"semanas previas"** al reconocimiento de la licencia de paternidad, sin especificar el número mínimo de dichas semanas. De esa manera, el Legislador evitó reproducir el contenido de la norma declarado inexecutable por la **Sentencia C-633 de 2009** y generó un nuevo contexto normativo sustancialmente distinto al establecido por la Ley 755 de 2002.

46. Precisamente, a partir de dicho contexto normativo, **algunas autoridades estatales entendieron que la disposición legal exigía la cotización mínima e ininterrumpida de dos (2) semanas al SGSSS para poder acceder al reconocimiento y pago de la respectiva licencia de paternidad.** Dicha interpretación fue asumida específicamente por la **Superintendencia de Salud**, entidad de carácter técnico que funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS.

(...) Tal entendimiento estuvo vigente en la mencionada entidad hasta que se expidió el Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto 780 de 2016, el cual determinaba la necesidad de haber cotizado de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación con el fin de reconocer el pago de la licencia de paternidad e impedía la realización de pagos proporcionales cuando se hubiera cotizado por un periodo inferior al de la gestación.

47. Con la expedición de la Ley 1822 de 2017, actualmente vigente y que derogó la Ley 1468 de 2011, el Legislador reiteró que se debía cotizar durante las **"semanas previas"** al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. Por lo tanto, la Superintendencia de Salud retomó el criterio de exigir la cotización mínima de dos (2) semanas al sistema de salud con el fin de determinar el reconocimiento y pago de dicha licencia. No obstante, otras posturas, como la de la EPS accionada, exigen la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

62. Como se puede observar, en la Ley 1822 de 2017 el Legislador no estipuló un número de semanas mínimas requeridas para acceder a la licencia de paternidad, como sí lo hizo en la Ley 755 de 2002. Por lo anterior, la determinación del requisito mínimo de cotización que realice la Sala debe ceñirse a la aplicación del **principio de favorabilidad** consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y tener en cuenta los criterios interpretativos dados por la jurisprudencia constitucional en la materia.

63. Por un lado, podría interpretarse que el requisito mínimo de cotización para acceder a la licencia de paternidad se define por la remisión a las reglas jurisprudencialmente definidas para el reconocimiento de la licencia de maternidad, tal y como lo propone la **Sentencia T-190 de 2016** expedida en vigencia de la Ley 1468 de 2011 y del Decreto 2353 de 2015. De acuerdo con ese entendimiento el pago de la totalidad de la licencia de paternidad procedería cuando falten dos meses de cotización, mientras que cuando falte más de dicho periodo de cotización procedería el pago proporcional.

64. Por otro lado, de la lectura literal del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 se podría interpretar válidamente que se requiere la cotización de un número plural de semanas para acceder al reconocimiento de la licencia de paternidad. En ese sentido, por oposición a (1) una semana entendida en singular se requeriría la cotización efectiva de por lo menos 2 semanas al sistema de aseguramiento en salud para acceder a la licencia de paternidad.

65. En este marco y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con el principio de "*in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio*", cuando una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, el operador jurídico debe escoger aquella hipótesis que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador. Ahora bien, para que el intérprete de la norma pueda aplicar el principio constitucional de "*in dubio pro operario*", debe tener una "*duda*" seria y objetiva entre interpretaciones de carácter razonable.

66. Al respecto, se debe afirmar que la **Sentencia T-190 de 2016** fue expedida antes de que estuviera en vigencia la Ley 1822 de 2017 y acogió el periodo mínimo de cotización establecido por la **Sentencia C-663 de 2009** que se pronunció sobre la Ley 755 de 2002, actualmente derogada. Adicionalmente, la Ley 1822 de 2017 actualizó los contenidos de la mencionada ley derogada, de manera que en su texto presenta una forma similar al de la norma examinada por la Sala Plena en 2009, pero no reproduce de manera idéntica su contenido.

En efecto, la Ley 1822 de 2017 prescindió de la expresión "*100 semanas*" contenida originalmente en el inciso examinado por la Sala Plena en la Sentencia C-663 de 2009 y declarado inexecutable. Así, el Legislador no estipuló en 2017 un número de semanas mínimas requeridas como lo hizo en 2003 y tampoco plasmó su voluntad en el sentido de que dicho requisito fuera interpretado como el que adoptó la Sala Plena en 2009 por remisión a las reglas de la licencia de maternidad, aun cuando existieran otras interpretaciones más progresivas del derecho laboral en cuestión. En consecuencia, es posible concluir que la Ley 1822 de 2017 y la Ley 755 de 2002, son diferentes tanto formal como materialmente.

(...) 67. De conformidad con lo anterior, no obstante que la Sentencia **C-663 de 2009** se pronunció sobre una norma actualmente derogada, la *ratio* de su decisión brinda parámetros

útiles de interpretación de la norma vigente como precedente de apoyo. Así, es válido que el Legislador exija un periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la prestación con el fin de proteger el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud. No obstante, dicho periodo mínimo debe ajustarse a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales.

68. La interpretación de la norma que sugiere la necesidad de haber cotizado por lo menos dos semanas al SGSSS es coherente con el criterio jurisprudencial sentado por la *ratio* de la Sentencia **C-663 de 2009**, pues por un lado garantiza el equilibrio financiero del sistema de salud y por el otro, maximiza la protección de los derechos fundamentales del beneficiario de la licencia de paternidad y de su familia.

69. Respecto de la garantía del equilibrio económico del SGSSS, la Sala observa que el requisito de cotización mínima de por lo menos dos semanas encuentra respaldo en los múltiples pronunciamientos aportados por la Superintendencia de Salud, entidad que funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS. Lo anterior en razón a que dicha entidad tuvo en cuenta en todos sus pronunciamientos de naturaleza jurisdiccional el financiamiento de la licencia de paternidad bajo el principio del equilibrio financiero.

70. En cuanto a la maximización de la garantía de los derechos fundamentales del beneficiario de la licencia de paternidad, hay que tener en cuenta que por la naturaleza de la figura antes explicada, esta protege también los derechos de la madre lactante y sobretodo del recién nacido. En este sentido, la Sala recuerda que el derecho a la licencia de paternidad no solo constituye una herramienta para materializar los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental y los niños y niñas como sujetos de especial protección constitucional, sino además contribuye a la eliminación de estereotipos de género negativos sobre el cuidado de los menores de edad ligado exclusivamente a las mujeres.

71. Como consecuencia de lo anterior, **la Sala considera que la interpretación de la norma que supone como requisito para acceder al derecho a la licencia de paternidad la cotización efectiva de por lo menos dos semanas al SGSSS es razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia**, en la medida que garantiza la protección del SGSSS y protege en una mayor medida los derechos fundamentales que la interpretación de la norma que sugiere la remisión a las reglas jurisprudenciales de la licencia de maternidad. Por lo tanto, en atención al principio constitucional de "*in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio*", la Sala determina que dicha interpretación de la norma debe prevalecer para resolver el caso concreto". (Negrillas por la Sala).

Por otra parte, el reconocimiento y pago de esta prestación está en cabeza de las entidades de seguridad social, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite su pago,

es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que aduce:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o **paternidad** a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS.** En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las licencias de paternidad de sus trabajadores.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Julián Andrés Cárdenas Salcedo trabaja para AG Logistics Freight S.A.S. desde el 26 de septiembre de 2017 (fls.2 a 10).
- ii) Julián Adrián Cárdenas Ríos (hijo de Julián Andrés Cárdenas Salcedo), nació el 31 de marzo de 2018 (fl.17).
- iii) Manuela Vásquez Ríos, madre de Julián Adrián Cárdenas Ríos, gozó de una licencia de maternidad del 26 de marzo al 29 de julio de 2018 (fls.18 y 19).
- iv) A Julián Andrés Cárdenas Salcedo le fue otorgada licencia de paternidad del 31 de marzo al 11 de abril de 2018 (fl.1).
- v) El empleador de Julián Andrés Cárdenas Salcedo, AG LOGISTICS FREIGHT S.A.S., efectuó aportes a salud por los periodos de octubre de 2017 a julio de 2018 (fls. 20 a 23).

- vi) El empleador AG LOGISTICS FREIGHT S.A.S., pagó a su trabajador Julián Andrés Cárdenas Salcedo, le pagó el periodo que gozó de la licencia de maternidad (medio óptico de folio 62).

Sentado lo anterior, observa la Sala que conforme al certificado de aportes obrante a folios 20 a 23, AG LOGISTICS FREIGHT S.A.S. le pagó sus cotizaciones a salud a Julián Andrés Cárdenas Salcedo correspondientes a las dos semanas anteriores al nacimiento del menor, pues éste nació el 31 de marzo de 2018, y esta mensualidad fue pagada en su integridad, por lo que, se entiende que se sufragó lo que respecta a los días del 17 al 30 de marzo de 2018, es decir, las últimas dos semanas anteriores al nacimiento del menor.

De esta manera, está acreditado el requisito de cotización dispuesto como razonable por la H. Corte Constitucional en sentencia T-114 de 2019, esto es "*de por lo menos dos semanas al SGSSS*", por lo que, Julián Andrés Cárdenas Salcedo tenía derecho a que se le reconociera su licencia de paternidad.

En tales condiciones, y dado que, conforme al acervo probatorio narrado, se encuentra acreditado el pago de la correspondiente licencia de paternidad por parte de AG LOGISTICS FREIGHT S.A.S. a su trabajador, Julián Andrés Cárdenas Salcedo, se tiene que FAMISANAR E.P.S. debe reembolsar a favor del aludido empleador, el valor que pagó por concepto de tal prestación económica, pues como quedó visto, y a diferencia de los que señala el impugnante, no es necesario que se hubiere acreditado el pago de los aportes de todo el tiempo de gestación.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

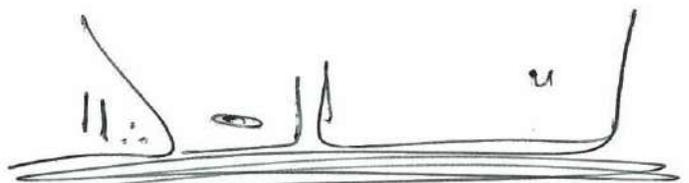
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00031 -01
Demandante: **BRENDA CAROLINA JIMÉNEZ HOYOS.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de SALUD TOTAL E.P.S. contra la sentencia proferida el 14 de mayo de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **BRENDA CAROLINA JIMÉNEZ HOYOS** en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.**

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende **la reliquidación de una licencia de maternidad**, teniendo en consideración un I.B.C. de \$2'165.333. Igualmente, solicita intereses moratorios.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Estuvo afiliada a SALUD TOTAL E.P.S. desde el 23 de septiembre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2017, en calidad

de independiente; **2)** El 29 de diciembre de 2016 ingresó a la Clínica Santa Cruz de Bocagrande, lugar donde le efectuaron su cesárea, y nació su hija, María José Junieles Jiménez; **3)** Se le expidió incapacidad por 98 días; **4)** Su I.B.L. era de \$3'160.000, no obstante, al momento de efectuarse la liquidación de licencia de maternidad, se tomó como I.B.L. la suma de \$1'327.340; **5)** El 05 de abril de 2017, en respuesta a una petición que elevó le fue informado que el I.B.L. tomado era consecuencia de que devengaba un salario variable; y **6)** Su salario promedio en año anterior a la causación de su licencia de maternidad, asciende a \$2'165.333.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

SALUD TOTAL E.P.S. (fls. 26 a 32) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cumplimiento de un deber legal por parte de SALUD TOTAL E.P.S.-S S.A. de proteger los recursos públicos destinados a la prestación de servicios de salud para los afiliados al sistema de seguridad social en salud; y buena fe de las relaciones contractuales.

Indicó que se pagó la licencia de maternidad de la accionante teniendo en consideración un salario variable de \$1'327.340, ya que para enero de 2016 devengó \$644.350, febrero a abril y junio a noviembre de 2016, \$1'400.000, mayo de 2016, \$689.455, y diciembre de 2016, \$3'160.000; que de efectuarse la reliquidación de la prestación económica se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos; que ha actuado de buena fe en cuanto al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a su cargo; y que en caso de ordenarse la reliquidación deprecada se debe ordenar a la A.D.R.E.S. pagar a su favor, la totalidad de los costos en que incurra en el reconocimiento de los anteriores rubros.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 50 a 55), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 14 de mayo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda presentada por la actora en contra de SALUD TOTAL E.P.S.

SEGUNDO: ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. pagar a la actora, la suma de \$234.316, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. el pago de intereses moratorios liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la D.I.A.N., desde el 05 de abril de 2017, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la prestación económica, pago que deberá realizarse en favor de la demandante dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia. (...)"

IV. APELACIÓN.

SALUD TOTAL E.P.S. (medio óptico de folio 38).

Adujo que de conformidad con el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, la Superintendencia de Salud perdió competencia para conocer casos referidos a prestaciones económicas; que si bien la norma en cita, establece que los procesos en curso deberán ser resueltos por la Superintendencia de Salud, este proceso fue admitido hasta el 15 de febrero de 2019, esto es, luego entrada en vigor la Ley 1949 de 2019; y que en caso de confirmarse la condena se debe ordenar a la A.D.R.E.S. pagar a su favor, la totalidad de los costos en que incurra por la reliquidación de la licencia de maternidad.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud era competente para conocer este asunto; y si hay lugar a ordenar a la A.D.R.E.S. pagar a favor de la demandada, la totalidad de los costos en que incurra ésta por la reliquidación de la licencia de maternidad.

COMPETENCIA PARA CONOCER DEL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS POR PARTE DE LA SUPERINDENCIA NACIONAL DE SALUD.

El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud funciones jurisdiccionales y señaló que ésta podrá conocer y fallar en derecho con carácter definitivo y con facultades propias del juez, diversos asuntos relacionados con el derecho fundamental de la salud. La norma en mención establece:

“Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de

Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud **podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez**, en los siguientes asuntos:

a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998”.

En ese orden de ideas, la Superintendencia Nacional de Salud suple excepcionalmente la competencia de un juez dentro de la estructura jurisdiccional ordinaria y, en virtud de la competencia asignada por la normatividad antes mencionada, puede conocer y fallar los asuntos establecidos en esta.

Ahora bien; el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 ha sido objeto de múltiples reformas, las que se llevaron a cabo a través del artículo 8° del Decreto 126 de 2010, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, y el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 que

adicionaron y modificaron la norma en mención, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.

2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.

3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

c) Conflictos derivados de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de este con los regímenes exceptuados.

d) Conflictos relacionados con la libre elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

e) Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Demandante: **BRENDA CAROLINA JIMÉNEZ HOYOS.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La demanda debe ser dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar; la pretensión, el derecho que se considere violado, así como el nombre y dirección de notificación del demandante y debe adjuntar los documentos que soporten los hechos.

La demanda podrá ser presentada sin ninguna formalidad o autenticación; por memorial, u otro medio de comunicación escrito. No será necesario actuar por medio de apoderado, esto sin perjuicio de las normas vigentes para la representación y el derecho de postulación. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad.

La Superintendencia Nacional de Salud emitirá sentencia dentro de los siguientes términos:

Dentro de los 20 días siguientes a la radicación de la demanda en los asuntos de competencia contenidos en los literales a), c), d) y e) del presente artículo.

Dentro de los 60 días siguientes a la radicación de la demanda en el asunto contenido en el literal b) del presente artículo.

Dentro de los 120 días siguientes a la radicación de la demanda en el asunto contenido en el literal f) del presente artículo.

Parágrafo 1°. Las providencias emitidas dentro del proceso jurisdiccional se notificarán por el medio más ágil y efectivo. La sentencia podrá ser apelada dentro de los 3 días siguientes a su notificación. En caso de ser concedido el recurso, el expediente deberá ser remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Laboral del domicilio del apelante.

Parágrafo 2°. La Superintendencia Nacional de Salud solo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 3°. La Superintendencia Nacional de Salud en el ejercicio de la función jurisdiccional podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

1. Ordenar dentro del proceso judicial las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.
2. Definir en forma provisional la entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o en la que deberá ser atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en

materia de multiafiliación, traslado o movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para tal efecto, el funcionario competente en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará, antes de emitir sentencia definitiva o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del Comité Técnico-Científico o el médico tratante según el caso.

Parágrafo 4°. Los procesos presentados con fundamento en el literal g) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pendientes de decisión al momento de entrar en vigencia la presente reforma serán decididos por la Superintendencia Nacional de Salud según las reglas allí previstas”.

Por tanto, los cambios más significativos de la norma trasunta desde su génesis hasta su última modificación están las nuevas competencias que se le otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud, entre las que se destaca que desde que se expidió el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, ésta podía conocer y fallar en derecho el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que se encontraban a cargo de las E.P.S. o del empleador, pero dicha competencia fue derogada por la Ley 1949 de 2019; que las sentencias de dicha entidad quedaron sometidas al principio de la doble instancia, siendo el Tribunal Superior de Distrito Judicial del domicilio del apelante el competente para conocer las acciones, lo que tiene su origen en el artículo 30 del Decreto 2462 de 2013; y que se establecieron términos para efectuar pronunciamiento sobre cada una de las acciones judiciales a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Se radicó demanda por parte de Brenda Carolina Jiménez Hoyos, pretendiéndose el pago de una licencia de maternidad, ante la Superintendencia Nacional de Salud el 02 de enero de 2019 (fl. 1).
- ii) La Ley 1949 de 2019 fue publicada en el diario oficial el 08 de enero de 2019.

iii) La demanda se admitió el 15 de febrero de 2019 (fl.21).

Sentado lo anterior, se hace imperativo recordar que el parágrafo 4° del artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, estableció que los procesos presentados con fundamento en el literal g) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 (prestaciones económicas), que están pendientes de decisión al momento de entrar en vigencia las reformas que esta normatividad establece, serán decididos por la Superintendencia Nacional de Salud según las reglas allí previstas.

Conforme a lo anterior, y dado que se radicó la demanda el **02 de enero de 2019**, para la Sala es claro que dicha normatividad quedó sometida al amparo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificada por la Ley 1438 de 2011, no siendo afectada por las disposiciones que trajo la Ley 1949 de 2019, como quiera que esta no fue publicada en el Diario Oficial sino hasta el 08 de enero de 2019, esto es, seis días después de la presentación de la demanda, por lo que aún era competencia de la Superintendencia Nacional de Salud.

Al respecto, se hace necesario recordar que conforme a los artículos 11 y 12 de la Ley 57 de 1887, *“La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación”*, y que *“La promulgación de la ley se hará insertándola en el Diario Oficial, y enviándola en esta forma a los estados y a los territorios”*, por lo que, al ser publicada la Ley 1949 de 2019 en el *“DIARIO OFICIAL. Año CLIV No. 50.830, Enero, 08 de 2019. PAG.4”*., es claro que al momento de impetrarse la demanda estaba vigente el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, por lo que esta quedó cobijada por su procedimiento.

Del mismo modo, se hace necesario aclarar que la Sala no accede a lo expuesto por el apoderado de la parte demandante en cuanto a que el término para verificar si la Superintendencia de

Salud carecía de competencia debe contarse desde el auto que admitió la demanda, dado que con la demanda radicada por Brenda Carolina Jiménez Hoyos se dio inició a las actuaciones del proceso sumario, y el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 modificado por el artículo 624 del C.G.P., determina que, *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

Finalmente, y en lo referente a que se debe **ordenar a A.D.R.E.S. pagar la totalidad de los costos en que incurrió la E.P.S.** por el reconocimiento de la licencia de maternidad, no desconoce la Sala que dicha entidad puede perseguir el reconocimiento y pago de la suma cancelada por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud A.D.R.E.S.; no obstante, tal entidad no fue llamada como parte de este proceso, por lo que, en tal medida, no se puede imponer ningún tipo de condena en su contra, pues no ha ejercido su derecho de defensa y contradicción sobre la prestación económica requerida.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00031 -01

Demandante: **BRENDA CAROLINA JIMÉNEZ HOYOS.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

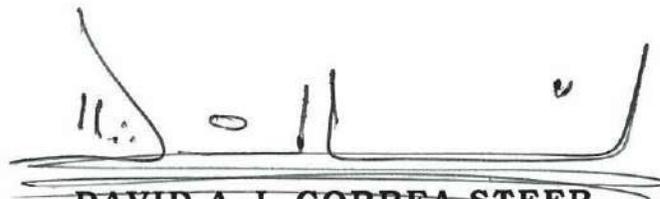
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00080 -01
Demandante: **LISANDRO RAÚL TOBAR CORTÉS.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **RAÚL TOBAR CORRÉS** en contra de **CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de la suma de \$2'076.00, por concepto de gastos en que incurrió por atención de urgencias.

Demandante: **LISANDRO RAÚL TOBAR CORTÉS.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.**

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** El 08 de abril de 2017 sufrió un accidente en su bicicleta, lo que le causó una fractura de clavícula, por lo que tuvo que dirigirse a la Clínica Cafesalud E.P.S., en donde fue atendido y hospitalizado; **2)** Se le programó cirugía para el 04 de mayo de 2017, pero la E.P.S. manifestó que no contaba con los insumos para su realización, ofreciéndole comprarlos con su patrimonio para estos fueran desembolsados con posterioridad; y **3)** El 18 de mayo de 2017 y el 29 de agosto de 2018 solicitó el pago de los insumos utilizados en su cirugía, no obstante, la E.P.S. no emitió ninguna respuesta.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

CAFESALUD E.P.S. no se opuso a las pretensiones de la demanda, empero, propuso como excepciones de mérito las que denominó, reembolso aprobado, intervención forzosa para liquidar CAFESALUD E.P.S., y la genérica (medio óptico de folio 37).

Manifestó que el reembolso requerido por el demandante se encuentra aprobado; y que el reembolso no se ha pagado por cuanto sus cuentas bancarias se encuentran congelados en virtud del proceso de liquidación en el que está inmerso.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 16 a 23), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de diciembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a la pretensión incoada por el actor en contra de CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.

Demandante: **LISANDRO RAÚL TOBAR CORTÉS.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.**

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. reconocer y pagar la suma de \$2'076.000, conforme las reglas establecidas en el Decreto 663 de 1999 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y el Decreto 2555 de 2010.

En síntesis, refirió que la salud es un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política de Colombia, así como por la Organización Mundial de la Salud, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional; que dentro de los principios que guían el servicio de salud se encuentran los de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que conforme a la Ley 1122 de 2007 es deber de las E.P.S. amparar a los afiliados en sus atenciones de urgencias; y que la demandada al momento de contestar la demanda se allanó a las pretensiones, por lo que resulta procedente el pago del servicio solicitado.

IV. APELACIÓN.

CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN (fls.29 y 30), adujo que el pago de la factura se realizará de conformidad con las normas que rigen el proceso liquidatorio; que se encuentra en estado de liquidación desde el 05 de agosto de 2019, como consecuencia de la intervención forzosa decretada mediante Resolución 007172 del 22 de julio de 2019; y que conforme al Decreto 2555 de 2010 fueron realizados los avisos emplazatorios para que los afiliados que consideraran que tenían derechos se constituyeran en el proceso liquidatorio.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al

margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si en virtud del proceso liquidatorio de la entidad demandada no es dable ordenar el reconocimiento y pago del servicio pretendido.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

Demandante: **LISANDRO RAÚL TOBAR CORTÉS.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.**

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que la facultad de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera, lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i)** Lisandro Raúl Tobar Cortes sufrió un accidente en una bicicleta, el día 08 de abril de 2017. En dicha oportunidad se diagnosticó fractura de clavícula (medio óptico de folio 37).
- ii)** El 22 de abril de 2017, el accionante ingresó al servicio de ortopedia, en donde permaneció hasta el 05 de mayo de 2017, siendo operado el día anterior (medio óptico de folio 372 y fls. 5 a 7).
- iii)** El 08 de mayo de 2017, se expide la factura por el procedimiento realizado la que ascendió a la suma de \$2'076.000 (fl.4).
- iv)** El 18 de mayo de 2017 y 29 de agosto de 2018, el actor solicitó el reembolso de los valores que pagó por concepto de cirugía (fls.1 a 3).

Sentado lo anterior, es necesario recordar que **CAFESALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario, este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo. Por tanto, considera la Sala que es dable solicitar el reconocimiento de la prestación a través del proceso sumario.

De esta manera, y dado que únicamente fue objeto de impugnación que la demandada se encontraba en proceso de liquidación, y que en consecuencia debía acudir al proceso liquidatorio, sin que tal argumento hubiese salido avante, no queda otro camino diferente a **CONFIRMAR** la sentencia.

Demandante: **LISANDRO RAÚL TOBAR CORTÉS.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.**

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

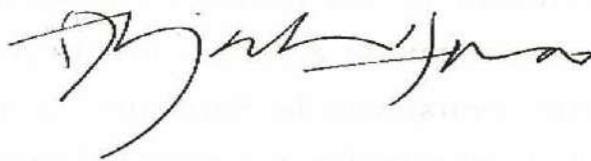
R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

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

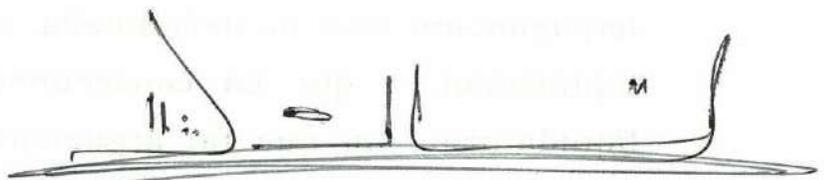
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00124 -01
Demandante: **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO** en contra de **CAFESALUD E.P.S. y MEDIMÁS E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener el reconocimiento de la suma de las incapacidades que pagó a la funcionaria, Lesley Haydee Malo Díaz, junto con los correspondientes intereses moratorios.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Su funcionaria Lesley Haydee Malo Díaz, presentó las siguientes incapacidades: 10 al 12 de abril de 2017, 12 al 19 de junio de 2017, y 12 al 26 de julio de 2017; **2)** El 23 de enero de 2018 solicitó el pago de la incapacidad a la E.P.S. demandada sin que se hubiera proferido respuesta; y **3)** El 18 de mayo de 2017 y el 29 de agosto de 2018 solicitó el pago de los insumos utilizados en su cirugía, no obstante, la E.P.S. no emitió ninguna respuesta.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. se opuso a las pretensiones de la demanda, empero, propuso como excepciones de mérito las que denominó, incapacidades reconocidas y aprobadas para pago por CAFESALUD E.P.S. están a cargo de MEDIMÁS E.P.S. y la genérica (medio óptico de folio 94).

Manifestó que las incapacidades pretendidas fueron reconocidas, liquidadas y aprobadas; y que los valores deben ser pagados por MEDIMÁS E.P.S., como quiera que mediante auto proferido el 26 de octubre de 2017 se decretó medida cautelar por parte de la Sección Primera- Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, encaminada a que fuera MEDIMÁS E.P.S. quien asumiera el pago de las incapacidades.

MEDIMÁS E.P.S. NO radicó documento de contestación de la demanda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00124 -01
Demandante: **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

Superintendencia Nacional de Salud (fls. 84 a 87), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 27 de abril de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

(...) SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda instaurada por el demandante en contra de CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. hoy en liquidación pagar la suma de \$3'132.280, con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor de la accionante, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. hoy en liquidación el pago de la suma de \$156.614 en favor de la accionante por concepto de agencias en derecho, la cual deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a MEDIMÁS E.P.S. por las razones expuestas.

En síntesis, refirió que si bien mediante providencia del 26 de octubre de 2017 se decretó medida cautelar por parte de la Sección Primera- Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, encaminada a que fuera MEDIMÁS E.P.S. quien asumiera el pago de las incapacidades, lo cierto es que dicha medida fue levantada el 10 de abril de 2019, señalándose que en cabeza de CAFESALUD E.P.S. están las prestaciones causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017; que la liquidación de las incapacidades arroja la suma de \$3'132.280; y que no obra prueba de reclamación efectuada por el empleador para que haya lugar a intereses moratorios.

IV. APELACIÓN.

CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN (medio óptico de folio 94), adujo que el pago de la factura se realizará de conformidad con las normas que rigen el proceso liquidatorio; que se encuentra en estado de liquidación desde el 05 de agosto de 2019, como consecuencia de la intervención forzosa decretada mediante Resolución 007172 del 22 de julio de 2019; que conforme al Decreto 2555 de 2010 fueron realizados los avisos emplazatorios para que los afiliados que consideraran que tenían

derechos se constituyeran en el proceso liquidatorio; y que no hay lugar a agencias en derecho, en la medida que se está frente a un trámite sumario, informal, que ni siquiera necesita de representación judicial.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si en virtud del proceso liquidatorio de la entidad demandada no es dable ordenar el reconocimiento y pago de las incapacidades pretendidas; y si es dable imponer condena por concepto de agencias en derecho.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno

de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que la facultad de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera, lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

DEL CASO CONCRETO

En el proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- i)** La vinculación de Lesley Haydee Malo Díaz a la Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial el día 08 de marzo de 2012, - unidad que en la actualidad hace parte de la Agencia de Renovación del Territorio, según Decretos 2559, 2366 de 2015, y 2094 de 2016- (fl.55).
- ii)** La incapacidad expedida a dicha funcionaria por los días 10 al 12 de abril, 12 al 19 de junio, y 12 al 26 de julio de 2017; siendo pagadas por su empleador (fls. 52 a 54 y 57 a 62).
- iii)** Que el 23 de enero de 2018 se solicitó el pago de las incapacidades referidas a CAFESALUD E.P.S (fls.49 a 51).

Sentado lo anterior, es necesario recordar que **CAFESALUD E.P.S.** aún se encuentra en **proceso liquidatorio**, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia

del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo. Por tanto, considera la Sala que es dable solicitar el reconocimiento de la prestación a través del proceso sumario.

Por otra parte, y en relación con la **imposición de agencias en derecho**, basta con recordar que el artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, circunstancia de la que se extrae que no interesa que se esté frente a un proceso informal o no, pues lo único relevante para su imposición o no es la calidad de parte vencida. En consecuencia, al resultar la sentencia de primera instancia totalmente contraria a los intereses de la CAFESALUD E.P.S., ésta está llamada a asumir tal carga.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00124 -01

Demandante: **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

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

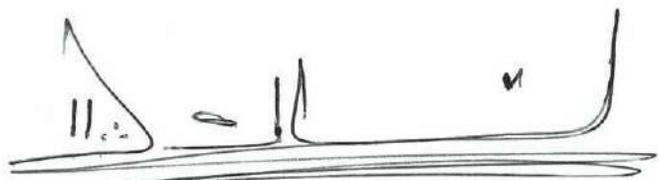
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310500120190088701

Demandante: **OLGA DEL PILAR FORERO ROMERO**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós
(2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **OLGA DEL PILAR FORERO ROMERO** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de una

pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, a partir del 29 de junio de 2007, junto con los intereses moratorios, e indexación, así como la mesada 14.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Nació el 29 de junio de 1952; **2)** Prestó sus servicios a entidades del sector público entre ellas el I.C.B.F Agencia Amazonas y la Contraloría Departamental del Amazonas; **3)** Entre 1980 y 1995 acreditaba más de 15 años de servicios, esto es un total de 764.22 semanas; **4)** Es beneficiaria del régimen de transición; **5)** Cumplió los requisitos para obtener la pensión de vejez, al haber acreditado 55 años y más de 20 años de servicios al 29 de junio de 2007; **6)** Mediante Resolución No. 00061025 del 15 de diciembre de 2009, el ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez, por no cumplir con los 15 años de aportes o cotizaciones, olvidando que el sistema de seguridad social entró en vigencia en Leticia el 30 de junio de 1995; **7)** Conserva el régimen de transición por tener, el 31 de julio de 2005, más de 1166 semanas cotizadas; **8)** Mediante Resolución No. 19926 del 28 de mayo de 2012 el ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez, por no cumplir 1.225 semanas para el año 2012; y mediante Resolución GNR 269640 del 24 de octubre de 2013, dicha entidad decide estarse a lo resuelto en la Resolución 19926; **10)** Con Resolución SUB 105969 del 23 de junio de 2017, Colpensiones niega nuevamente el reconocimiento de la pensión de vejez, argumentando que solamente tiene 931 semanas cotizadas y que el estudio se hace con base en la Ley 100 de 1993 y reconoce que es beneficiaria del régimen de transición.

RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 113 a 122), contestó oportunamente la demanda, presentando oposición a la misma y proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción,

Código Único de Identificación: 11001310500120190088701

Demandante: **OLGA DEL PILAR FORERO ROMERO**

Demandado: **COLPENSIONES**

inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Expuso que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la demandante contaba con 757.13 semanas, equivalentes a 14.51 años y más de 35 años, por lo que bajo los presupuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue beneficiaria del régimen de transición por el requisito de edad, sin embargo, atendiendo lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, la accionante acreditó el requisito de las 750 semanas al 25 de julio de 2005, para hacer extensiva la transición hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que debió haber acreditado los requisitos de que trata el Decreto 758 de 1990, Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988 antes de dicha data, para el reconocimiento pensional pretendido, sin que ello hubiere acaecido, además, tampoco cuenta con los requisitos de la Ley 100 de 1993 para acceder a la prestación pensional pretendida.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de mayo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**. Declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad **al 23 de agosto de 2016**, como consecuencia de ello, ordenó a Colpensiones reconocer y pagar dicha prestación aplicando el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de servicio, con una tasa de reemplazo del 75%, mesadas que serán reajustadas anualmente, en 14 mesadas, además de

ordenar el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En síntesis, en el análisis el A Quo encontró que la demandante cumplió los 55 años el 29 de junio de 2007 y que, conforme certificación electrónica de tiempos laborados se verifica que trabajó para el I.C.B.F Agencia Amazonas desde agosto de 1980 hasta enero de 1995 y desde el 2 de mayo de 1995 al 14 de marzo de 2003 al servicio de la Contraloría Departamental del Amazonas.

Desestimó los argumentos de Colpensiones según los cuales la actora solamente acreditó 931 semanas, por cuanto la entidad no tuvo en cuenta todo el periodo que esta laboró al servicio de la Contraloría Departamental del Amazonas, evidenciándose un periodo faltante comprendido entre el 30 de junio de 1999 y el 14 de marzo de 2003 el cual equivale a 190 semanas, tiempo que sumado a la historia laboral acredita los 20 años de servicios, necesarios, recordando que en el evento en el que el empleador desatiende su obligación de afiliación este debe subsanarse con el pago del pasivo liquidado por la entidad con base en el cálculo actuarial, y la administradora debe tener en cuenta el servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó la omisión del empleador y por ello Colpensiones no puede ser renuente en el reconocimiento pensional aduciendo, en este caso, que la demandante no cumple con el mínimo de semanas requeridas.

Así pues concluyó que la actora era destinataria de la Ley 33 de 1985, que ordena reconocer la prestación aplicando el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de servicio, tal como lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 con una tasa de reemplazo del 75%, reconocimiento que se ordenó por 14 mesadas dado que la demandante adquirió el estatus de pensionada el 29 de junio de 2007, fecha en la que

cumplió 55 años, siendo ello procedente en aplicación del principio de favorabilidad ya que, el derecho a la mesada 14 se causó a la fecha en que se cumplieron los requisitos para tener derecho a la pensión, esto es 29 de junio de 2007, aunque su reconocimiento se hiciera en fecha posterior.

En cuanto a la condena a los intereses moratorios, afirmó que resultan procedentes para suplir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y frente a la prescripción expuso, que la actora cumplió con los requisitos para acceder a la pensión el 29 de junio de 2007, elevando solicitud para el reconocimiento pensional el 6 de febrero de 2009, con el que se interrumpió la prescripción hasta el mismo día y mes del 2012, sin embargo, la demanda fue presentada el 23 de agosto de 2019 siendo esta la fecha que se cuenta para la interrupción del fenómeno prescriptivo.

APELACIÓN DE SENTENCIA.

DEMANDANTE: Expuso inconformidad en cuanto a la fecha de la causación de la prestación, ya que la demandante en varias oportunidades interpuso recursos ante Colpensiones para que se le reconociera la pensión, siendo el último pronunciamiento el de la Resolución 105969 del 23 de junio de 2017, siendo en ese momento en que deja de reclamar.

Señaló que, por lo anterior, como quiera que Colpensiones se pronuncia mediante esta Resolución donde niega la pensión, entonces contarse 3 años antes del 23 de junio de 2017, para reconocer la prestación desde el 20 de abril del 2014.

COLPENSIONES expuso que la demandante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años para ser beneficiaria del régimen de transición, sin embargo no acreditó el número de semanas necesarias para hacerse

acreedora de la prestación económica solicitada ya que solo acredita 931 semanas, que no le alcanzan para cumplir los requisitos establecidos en la normatividad de transición o la Ley 100, pues no completa ni el requisito de edad ni el de semanas, luego no puede accederse a la pretensión solicitada.

Indicó que, por lo expuesto, tampoco pueden concederse los intereses moratorios, pues la suerte de lo principal la corre lo accesorio y, en caso de accederse a la pensión de vejez, este concepto tampoco está llamado a prosperar pues Colpensiones ha obrado de manera diligente, conforme el principio de legalidad y buena fe y no ha sido un mero capricho la negativa el reconocimiento de la pensión de vejez, pues cada uno de los actos administrativos que se han expedido se han fundamentado en consideraciones fácticas y jurídicas que exponen las razones por las cuales se niega la pretensión económica de la demandante.

Así mismo, solicita no se condene en costas en el eventual caso de que se confirme la sentencia de primer grado, pidiendo se revoquen las de primera instancia, ya que debido a la situación de pandemia se hace difícil el sostenimiento fiscal de la entidad, reiterando que esta ha actuado conforme al principio de legalidad y buena fe ya que, tal y como se ha manifestado, la accionante ha presentado múltiples solicitudes de pensión de vejez, bajo las cuales Colpensiones siempre ha realizado el estudio correspondiente del cual concluye que no cumple con el requisito de la densidad mínima de semanas.

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, mediante auto del 15 de octubre del 2021, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar: **i)** si la actora es beneficiaria del régimen de transición pensional y en consecuencia, **ii)** si puede acceder a una pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, de ser ello así, **iii)** si operó el fenómeno prescriptivo y desde cuándo, y finalmente, **iv)** si hay lugar a la condena por intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985.

El régimen de transición pensional es un mecanismo de protección de expectativas pensionales que consiste en que las reglas legales del régimen actual se combinan con algunas reglas del régimen anterior.

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quiénes

son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijó los criterios del siguiente modo: son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).

Ahora bien, para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “al entrar en vigencia el sistema”, es decir, por regla general el 1° de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigencia del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993, limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014. Sobre el tópico, la Sala de Casación de la H.

Código Único de Identificación: 11001310500120190088701

Demandante: **OLGA DEL PILAR FORERO ROMERO**

Demandado: **COLPENSIONES**

Corte Suprema de Justicia en pacífica jurisprudencia tiene sentando que:

“El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, limitó la vigencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de julio de 2010, pero, en aras de salvaguardar las expectativas de la personas cercanas a causar una pensión por virtud de esa transición, extendió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014 siempre que al 29 de julio de 2005, contaran al menos con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios. Puntalmente la norma establece:

Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

De lo anterior deriva, que quienes no causaran el derecho pensional antes de 31 de julio de 2010 se acogerían al nuevo sistema general de pensiones, a menos que cumplieran las condiciones exigidas para la prórroga de la transición” (sentencia SL1466-2021).

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema replanteando el criterio jurisprudencial para considerar que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición.(Ver sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y

45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No son objeto de discusión en el proceso, y por lo tanto se encuentran acreditados, los siguientes hechos: **i)** la fecha de nacimiento de Olga del Pilar Forero Romero el 29 de junio de 1952 (fl. 11-12); **ii)** que la actora laboró en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Leticia – Amazonas del 5 de agosto de 1980 al 31 de enero de 1995, conforme la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados CETIL (fl. 28 a 43); **iii)** que laboró en la Contraloría Departamental del Amazonas del 2 de mayo de 1995 al 14 de marzo del 2003 conforme los certificados CLEBP (fls. 44 a 53); **iv)** que elevó solicitud pensional el 6 de febrero de 2009, conforme se indica en la Resolución 61025 de 2009 (fl. 14) la cual fue negada mediante la Resolución 61025 del 15 de diciembre de 2009 (fl. 14-16); y confirmada Resolución 19926 del 28 de mayo de 2012, (fls. 17-19); y **v)** que nuevamente, mediante Resolución SUB 105969 del 23 de junio de 2017 se negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez (fls. 67 -73)

Pues bien. De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que claramente, para el accionante, la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 30 de junio de 1995, como quiera que se encontraba laborando al servicio Contraloría Departamental del Amazonas, entidad del orden departamental y por ende resulta aplicable el artículo 1° del Decreto 1068 de 1995 que a su tenor dispone:

“Artículo 1.- Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones para los servidores públicos del orden departamental, distrital y municipal, incorporados de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 1 del Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, entrará a regir el 30

de junio de 1995, siempre que la entrada en vigencia del sistema no haya sido decretada con anterioridad por el gobernador o alcalde. (...) ”

Así las cosas, se tiene que para el 30 de junio de 1995, la accionante tenía 43 años y 1 día, y para tal data alcanzaba **765.34** semanas, pues según las pruebas arrojadas al plenario, cotizó entre el 5 de agosto de 1980 al 31 de enero de 1995 un total de **756.76 semanas**, y luego entre el 2 de mayo de 1995 al 14 de marzo del 2003, otras **410.84** semanas. Así las cosas, para la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es el 30 de junio de 1995 para su caso, alcanzaba 15 años de servicios y tenía más de 35 años.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993 limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014, se encuentra que la accionante cumple con dicha exigencia, pues para el 29 de julio de 2005 contaba con un total de **1.167,6 semanas**, más de las 750 requeridas para que se le extendiera el régimen de transición hasta 2014.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a verificar si la accionante al 31 de diciembre de 2014, acredita los requisitos para acceder a una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, normatividad que dispone en el inciso 1° del artículo 1°, lo siguiente:

“Artículo 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aporte (sic) durante el último año de servicio”.

De esta manera, se observa que el accionante acreditó la edad de 55 años el 29 de junio del 2007, pues nació el mismo día y mes de 1952; y acreditó 20 años de servicios públicos el 10 de noviembre del año 2000.

Así las cosas, la demandante tiene derecho el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, por lo que para realizar su cálculo, ha de indicarse que el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual estableció el régimen de transición, señaló que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993.

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L, no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: **i)** a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que, **ii)** a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al

Código Único de Identificación: 11001310500120190088701

Demandante: **OLGA DEL PILAR FORERO ROMERO**

Demandado: **COLPENSIONES**

reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, y 06 de abril de 2016, Rad. 51152; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Pues bien. En el análisis se encuentra que a la actora le faltaban más de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que la edad pensional la cumplió el 29 de junio del 2007, como arriba se explicó. Así, la Sala se remite al inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, según el cual, para acceder a la pensión de vejez, el empleado oficial debía haber servido veinte años continuos o discontinuos y cumplir 55 años, así, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1990, el IBL ha de calcularse con el promedio que devengó durante los últimos 10 años de cotización o el de toda la vida laboral, siempre y cuando acredite más de 1250 semanas, situación que no demostró, pues como arriba se dijo, la actora acreditó **1.167,6** semanas cotizadas, por ende, el IBL ha de calcularse con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, siendo la tasa de reemplazo a aplicar la correspondiente al 75%, como acertadamente lo expuso el sentenciador de primera instancia.

Ahora bien, el sentenciador de primer grado reconoció la prestación sobre 14 mesadas al año, lo cual es correcto, como quiera se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En relación con los intereses moratorios, para el caso específico se tiene que el 6 de febrero de 2009 (fl. 14) la

demandante elevó petición de reconocimiento pensional, data para la cual ya había causado su derecho pensional, al haber cumplido los requisitos para ello, tal y como se explicó a lo largo de esta providencia, sin que encuentre esta Sala que la negativa a su reconocimiento por parte de Colpensiones tenga respaldo normativo o jurisprudencial, por lo que hay lugar a su imposición, tal y como fuese indicado en el fallo apelado y consultado.

En cuanto a la prescripción, argumento presentado por la parte demandante en su apelación, ha de indicarse que en el presente asunto, la reclamación de la prestación pensional fue presentada por primera vez el **6 de febrero de 2009**, la cual fue resuelta de manera negativa mediante Resolución 61025 del 15 de diciembre de 2009 y confirmada con Resolución 19926 del **28 de mayo de 2012** (fls. 14 a 19) y la demanda fue presentada el **23 de agosto de 2019** (fl. 91), luego entonces claro refulge que ha operado el fenómeno prescriptivo de que tratan los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, recordando además que los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS son claros al indicar que el reclamo escrito del trabajador, en este caso la afiliada, **interrumpe por una sola vez el término prescriptivo**, por lo que no es de recibo el argumento presentado por la parte demandante de tener en cuenta las varias reclamaciones de pensión elevadas, ya que ello permitiría que el término de prescripción pudiera interrumpirse tantas veces como se presenten escritos por parte del afiliado.

Así, acertada resulta fue la decisión del a quo al condenar a Colpensiones al pago de la prestación pensional a partir del 23 de agosto de 2016.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada y consultada, por las razones expuestas a lo largo de esta determinación.

Código Único de Identificación: 11001310500120190088701

Demandante: **OLGA DEL PILAR FORERO ROMERO**

Demandado: **COLPENSIONES**

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentenciade origen y fecha conocidos, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

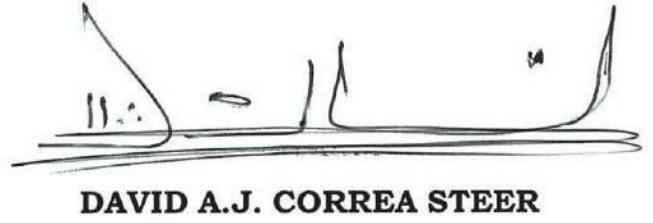
Código Único de Identificación: 11001310500120190088701

Demandante: **OLGA DEL PILAR FORERO ROMERO**

Demandado: **COLPENSIONES**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2017-00745 -02

Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA** promoviese contra **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 07 de septiembre de 1993 al 02 de marzo de 2017; que la terminación del vínculo

Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

laboral fue sin justa causa; que es beneficiario de la convención colectiva 2013-2025, celebrada entre el Sindicato de Trabajadores de American Pipe- SINTRAPI y la demandada; que también fueron objeto de despido los señores Eusebio Ortega (16 de junio de 2016), John Arias, Manuel Montoya, y Jorge Parra (07 de noviembre de 2016), William Caro, Libardo Silva y Eduardo Vergara (12 de diciembre de 2016), Antonio Ayala (02 de marzo de 2017), y José Ezequiel Hernández (06 de marzo de 2017); que lo anterior constituye un despido colectivo; y que no le pagaron en su totalidad y oportunamente salarios, prestaciones e indemnizaciones legales y/o convencionales. Como consecuencia de lo anterior solicita el reintegro, los salarios y las prestaciones sociales legales y convencionales dejadas de percibir desde su retiro hasta que se haga efectivo su reintegro, indemnización moratoria, indexación, e intereses moratorios.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** Ingresó a trabajar al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 07 de septiembre de 1993, para desempeñar el cargo de Soldador Armador; **2)** Su último salario fue la suma de \$3'661.912; **3)** El 02 de marzo de 2017 le fue terminado su contrato de trabajo; **4)** El 27 de marzo de 2017 se le informó la consignación de sus prestaciones sociales; **5)** En la empresa demandada existe la organización sindical SINTRAPI, quienes el 11 de junio de 2013 celebraron una convención colectiva, en la que se establece que únicamente habrá lugar a la terminación de contratos de trabajo a término indefinido del 10% de los trabajadores, anualmente; **6)** La empresa no ha informado el número de trabajadores a término indefinido en la empresa, siendo a la firma de la convención colectiva de 44; **7)** Entre el 01 de junio de 2016 y el 30 de mayo de 2017 se despidieron 12 trabajadores, aunado a que se ha efectuado el retiro de varios trabajadores a través de la figura de la transacción; **8)** El 17 de abril de 2017 radicó querrela contra la empresa "*American Pipe Nacional Ollwell Company*" por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2017-00745 -02

Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

violación del derecho de asociación; **9)** El 10 de mayo de 2017 solicitó información acerca del número de despidos efectuados por la empresa, la que fue respondida el 15 de mayo de 2017, señalándose el despido de 12 trabajadores de los cuales tres eran sindicalizados; y **10)** La empresa no solicitó autorización al Ministerio del Trabajo para efectuar despidos colectivos.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL (fls. 69 a 90), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo de Soldador Armador; el último salario de \$3'661.912; la fecha de terminación del contrato de trabajo del actor sin justa causa el 02 de marzo de 2017; y que el 27 de marzo de 2017 informó la consignación de prestaciones sociales del trabajador.

Indicó que la relación laboral existente entre las partes inició el 07 de septiembre de 1992 a término fijo, no obstante, pasar un año después a ser a término indefinido; que el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de septiembre de 2018 ordenó la disolución y liquidación de la organización sindical SINTRAPI; y que pagó de forma completa la liquidación de prestaciones sociales.

Señaló que en el año 2017 se presentó únicamente la terminación sin justa causa de tres contratos a término indefinido; que la empresa contaba para marzo de 2017 con 136 trabajadores; que desde 2012 está afrontando un proceso de reestructuración; que el 02 de marzo de 2017 le ofreció a sus

trabajadores un plan de retiro voluntario, al que se acogieron libre y voluntariamente 123 trabajadores; que el 30 de junio de 2017 solicitó autorización de cierre o cláusula de la empresa; que no se presentó un despido colectivo, ya que en el transcurso de 2017 únicamente se despidieron tres trabajadores; y que al actor se le pagó la correspondiente indemnización por despido sin justa causa.

Finalmente, adujo que pagó de manera completa las prestaciones sociales del demandante en el transcurso de la relación laboral, por lo que no hay lugar a indemnización moratoria.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de mayo de 2021 dictó **sentencia condenatoria** en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 07 de septiembre de 1992 y el 02 de marzo de 2017, acto seguido condenó a la demandada a **reintegrar** al actor al cargo de soldador-armador o a otro de igual o superior categoría y remuneración y a pagarle en consecuencia , los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se produzca el reintegro, así como a las prestaciones sociales, prestaciones extralegales a las que haya lugar tales como auxilio de medicinas, primas extralegales de junio y diciembre, prima de vacaciones, prima de antigüedad debidamente indexadas al momento al momento de su pago, y las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión. Autorizó a la demandada a descontar de las condenas impuestas en favor del actor el valor de \$127'304.344 cancelado por concepto de liquidación definitiva del contrato de trabajo, absolvió de las demás pretensiones, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la pasiva. En síntesis, refirió

que se encuentra acreditado que el actor ingresó a laborar al servicio de la demandada el 07 de septiembre de 1992, y que su contrato mutó de término fijo a término indefinido el 07 de septiembre de 1993; y que el 02 de marzo de 2017 finalizó el contrato de trabajo del accionante con justa causa, conforme a lo expuesto por los testigos de ambas partes.

Indicó que para marzo de 2017, la empresa accionada efectuó aportes a seguridad social a favor de 136 trabajadores, en abril de 2017 a favor de 41 trabajadores; que conforme a la prueba testimonial para el mes de marzo de 2017 únicamente se efectuaron tres despidos; que conforme a la contestación de la demanda, es dable establecer que dentro de los seis meses anteriores del despido del actor, se efectuó un total de 12 despidos; que la anterior cifra es inferior al 15% que establece el numeral 4° del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, para determinar que se está frente a un despido colectivo, pues la empresa tenía entre 100 y 200 trabajadores; y que aunado a lo anterior, es válida la terminación por mutuo acuerdo de trabajadores sin que esto constituya un despido colectivo.

Explicó que la orden de liquidación y cancelación del registro sindical de SINTRAPI se efectuó el 17 de septiembre de 2018, por lo que el despido del actor fue en vigencia este sindicato, y en consecuencia resulta aplicable la convención colectiva de trabajo que éste celebró con el empleador en el año 2013; que el accionante está amparado por la cláusula 3°convencional, como quiera que ingresó con anterioridad a la celebración del acuerdo convencional; que a la fecha de la suscripción de la convención colectiva de trabajo según interrogatorio de parte y prueba testimonial, la empresa contaba con 105 trabajadores, por lo que, al efectuarse el despido de 12, entre junio de 2016 y junio de 2017, se superó el límite del 10% establecido en la cláusula de estabilidad laboral; que las anualidades respectivas se deben verificar desde la entrada en

vigencia de la convención colectiva, esto es, a partir de 11 de junio de 2016; y que por lo dicho, hay lugar al reintegro del accionante con el pago de sus salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde su retiro hasta su reintegro.

Finalmente adujo que no hay lugar a la indemnización moratoria, dado que al proceder el reintegro el contrato se entendería sin solución de continuidad; que resulta procedente el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir, así como los aportes a seguridad social; y que no operó el fenómeno prescriptivo, dado que el contrato terminó el 02 de marzo de 2017 y se demandó el 22 de noviembre del mismo año.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL expuso, que la convención colectiva no estableció la periodicidad anual contada a partir de la suscripción de la misma; que las anualidades son conforme lo establece el calendario legal, esto es, de enero a diciembre, por demás que con la convención no se creó un nuevo calendario; que no existe un medio probatorio idóneo para establecer que a la firma de la convención colectiva de trabajo se contaba con 105 trabajadores; que está acreditado que a la fecha de la terminación del contrato de trabajo se contaba con 136 trabajadores, y que se le finiquitó su vínculo únicamente a tres de éstos; que el Ministerio de Trabajo no ha aplicado sanción alguna como consecuencia de un presunto despido colectivo, siendo legítima la terminación de los contratos de trabajo de cada uno de los trabajadores; que existe una imposibilidad de efectuar el reintegro, pues se está frente a una situación económica que no permite el funcionamiento de la empresa y se encuentra cerrada, tal y como se logra desprender de la prueba documental; que si es del caso se deben decretar las correspondientes pruebas a fin de que se proceda a verificar la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2017-00745 -02

Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

falta de funcionamiento de la empresa; y que las costas deben imponerse a la parte actora.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de éstas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si resulta procedente ordenar el reintegro del trabajador como consecuencia de la vulneración de la cláusula de estabilidad laboral contenida en el artículo 3° de la Convención Colectiva 2013-2025 suscrita entre el empleador demandado y el Sindicato de Trabajadores de American Pipe-**SINTRAPI**. De ser afirmativa la respuesta deberá analizarse la pertinencia material del reintegro por cuanto la pasiva argumenta el cierre definitivo de la empresa.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2017-00745 -02
Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**
Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION
INTERNATIONAL.**

**INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE CLÁUSULAS
CONVENCIONALES- CLÁUSULA DE ESTABILIDAD
LABORAL CONVENCIONAL.**

La Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-902 de 2003 señaló que una Convención colectiva de trabajo, entendida como fruto de la negociación colectiva constituye un acto jurídico de forzoso cumplimiento para las partes que la suscriben:

“Entendida así la convención colectiva, puede decirse que se trata de un acto jurídico de forzoso cumplimiento entre quienes lo suscriben, es decir, entre quienes se encuentra ligados por una relación laboral, so pena de incurrir en responsabilidad por su incumplimiento, según lo dispone el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto es, se encuentran obligados tanto el empleador como los trabajadores, como quiera que se trata del cumplimiento de convenios que resultan de una negociación colectiva, en los cuales se establecen las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, evento en el cual desaparece la responsabilidad.”

La solución a los debates interpretativos en torno a cláusulas convencionales depende de cada caso concreto y, por ello, no puede estar guiada bajo una regla general, automática e irreflexiva. Por ello debe atender a las mismas reglas y cánones de interpretación aplicables a cualquier otra norma de trabajo, como al principio de interpretación, al de indubio pro operario y, por su naturaleza de norma voluntaria, contractual y autorreguladora, al espíritu de las disposiciones y la intención y expectativas de los contratantes, entre otras.

En el mismo sentido, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que son las partes a quienes les corresponde fijar el sentido y alcance de los acuerdos convencionales y, desde luego, excepcionalmente, a los jueces laborales, teniendo en cuenta la preceptiva contenida en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. En aplicación de esa normativa, la Corte ha explicado que cuando una norma de naturaleza convencional permite razonablemente varias interpretaciones,

frente a cualquiera que escoja el juzgador de instancia, no se incurre en yerro alguno (CSJ SL4485-2018, CSJ SL953-2019):

“En efecto, esta Sala ha precisado que «la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que le da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles», pero que, a la vez, niega la validez de lecturas no aceptables, que «traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas».

En ese sentido, la apreciación de las convenciones colectivas de trabajo no puede ser plenamente libre o arbitraria para las partes, de manera que conduzca a cualquier resultado, «sino que debe inscribirse dentro de un contexto jurídico y social preciso, al que debe guardar lealtad y con el que debe conjugarse de manera consecuente y armónica, más cuando se trata de la administración de recursos de naturaleza pública» (CSJ SL351-2018).

También ha advertido la Alta Corporación, que, para la interpretación de los enunciados de los acuerdos laborales se debe tener en cuenta los “*elementos pragmáticos-contextuales*”, esto es, que el juzgador al estar frente a un dilema hermenéutico en una norma de una convención colectiva de trabajo, **debe tener en consideración los términos y frases empleados, su sentido corriente, común**, cercano a los interlocutores sociales y a los centros de trabajo en los cuales su suscriben los acuerdos, de modo que, los tecnicismos o ficciones jurídicas no deben tener un lugar privilegiado sobre los términos corrientes de las cláusulas, a menos que los interlocutores acudan a éstos. En sentencia SL1947-2021 expresó:

“En efecto, esta Corporación ha subrayado la importancia de tener en cuenta los “*elementos pragmáticos-contextuales*» (CSJ SL5159-2018) en la interpretación de los enunciados de los acuerdos laborales. Los juzgadores al enfrentarse a un dilema hermenéutico relacionado con una norma de una convención colectiva de trabajo, han de atribuir a los términos y frases empleados un sentido corriente, común, cercano a los interlocutores sociales y a los centros de trabajo en los cuales su suscriben los acuerdos. En este sentido, los tecnicismos o ficciones jurídicas no deben tener un lugar privilegiado sobre los términos corrientes de las cláusulas, a menos que los interlocutores acudan a ellos para delimitar conceptos o instituciones propias de la dogmática jurídica.

Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

No hay que olvidar que no siempre los interlocutores sociales son abogados o poseen un conocimiento técnico-jurídico. Cuando se redactan las cláusulas se estila un lenguaje común, propio de personas y grupos sociales interesados en dar fin a un conflicto entre ellos. Por tanto, es clave no perder de vista esto, como tampoco el *contexto* y el objeto o fin para el que se suscriben los acuerdos”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) El señor Pedro Julio Rodríguez Mendoza ingresó a laborar al servicio de American Pipe and Construction International el 07 de septiembre de 1992 mediante contrato a término fijo, que luego mutó a un contrato a término indefinido desde el 07 de septiembre de 1993 (fl.18), para desempeñar el cargo de Operario (fl.92).
- ii) El 11 de junio de 2013 se celebró convención colectiva de trabajo entre la organización sindical **SINTRAPI** y la empresa demandada, la que cuenta con su respectiva constancia de depósito (fls. 26 a 43).
- iii) El 02 de marzo de 2017 se dio por terminado el contrato de trabajo del accionante sin justa causa (fls. 19 a 21).
- iv) El 27 de marzo de 2017, se notificó al trabajador que la liquidación final de sus prestaciones sociales fue pagada a través de depósito judicial por valor de \$127'309.344, la que incluye indemnización por despido sin justa causa (fls. 99 a 106).
- v) A la firma de la convención colectiva 2013-2025, un total de 44 trabajadores que estaban vinculados a tal fecha al servicio del empleador, se encontraban en el sindicato SINTRAPI mediante contrato de trabajo a término indefinido; según certificación expedida el 15 de mayo de 2017 la empresa demandada (fl 22)

Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

- vi) Entre junio de 2016 y el 30 de abril de 2017 se desvincularon 12 trabajadores, de los cuales tres hacían parte del sindicato; (fl. 22).
- vii) El 30 de junio de 2017, la demandada solicitó ante el Ministerio de Trabajo autorización de clausura y cierre de la empresa (fls.209 a 217).

Adicional a la documental arrimada por las partes de folios 17 a 55 y 91 a 289, se arrimó al expediente la testimonial de **Emilio Ruiz López, Ernesto Muñoz Galvis, Carol Lizeth Álvarez Roncancio y Héctor Enrique Ordoñez Núñez**, quienes manifestaron lo siguiente:

Emilio Ruiz López señaló que conoció al demandante hace 20 años porque trabajó con él en la empresa demandada desde el 25 de octubre de 1982 hasta el 24 de mayo del 2019; que lo despidieron sin justa causa; que el demandante prestó sus servicios hasta el 02 de marzo del 2017; que estuvo presente al momento del despido del actor, ya que les manifestaron que la compañía cerraba sus operaciones y que por consiguiente les iban a dar un documento donde cada trabajador renunciaba a sus derechos laborales a cambio de una indemnización junto con otro dinero; que el demandante no firmó el anterior acuerdo, entonces la empresa los despidió; que fueron alrededor de 15 personas las que se rehusaron a firmar el acuerdo, de las cuales 13, poco a poco fueron convencidas para renunciaran; que el demandante hacía parte del sindicato; que las 15 personas que se rehusaron a firmar eran sindicalizados; que hubo gente que continuó trabajando; que al momento que la empresa ofreció los planes de retiro, cree que eran 44 personas las sindicalizadas.

Por su parte, **Ernesto Muñoz Galvis** señaló que conoce al demandante hace más 15 años porque trabajó para la empresa demandada del 06 de julio de 1998 al 24 de mayo del 2019; que el demandante desempeñaba el cargo de soldador armador y

trabajó hasta el 02 de marzo del 2017, siendo despedido sin justa causa; que estaba en el mismo recinto donde despidieron al accionante; que el 02 de marzo de 2017 los llevaron al centro vacacional Cafam, los desplazaron por grupos a diferentes recintos, los encerraron, y les informaron que la empresa iba a ser cerrada, así que los empezaron a llamar uno por uno para firmar un convenio, empero, lo que hizo la empresa fue hacer unas cartas de despido donde o se firmaba o los echaban; que la propuesta se le hizo a todos los trabajadores, pero por separado y dependiendo del contrato de la persona; que además de él hubo 14 personas más que se negaron a firmar, de las que fueron despedidas tres, incluyendo alguien que luego regresó de vacaciones; que los que se negaron a firmar eran de la organización sindical; que de los que no estaban sindicalizados todos aceptaron el acuerdo; que el número de trabajadores para la fecha de suscripción de la convención eran 44; que el día en que se firmaron los acuerdos, marzo de 2017 y que el total de empleados, era aproximadamente 143.

Carol Lizeth Álvarez Roncancio señaló que es Coordinadora de Gestión Humana de la empresa desde el 03 de noviembre del 2015; que conoció al demandante cuando comenzó a consultar el registro del personal, quien pertenecía al sindicato, y sus cargos; que el actor era soldador armador y trabajó hasta el 02 de marzo del 2017 porque fue despedido sin justa causa; que antes entregar la carta de terminación sin justa causa al actor y a todo el personal, se les presentaron acuerdos, y se les explicó la situación de la compañía; que la mayoría de trabajadores firmaron el acuerdo, pero el demandante no firmó, y por tanto se procedió a terminarle el contrato sin justa causa; que la reunión se llevó a cabo en Cafam de la Autopista Norte y se hizo con todos los trabajadores al mismo tiempo, ya fuera que tuvieran vinculación a término indefinido o término fijo; que de los trabajadores que estaban en la reunión, 40 eran del sindicato SINTRAPI; que en la reunión habían más de 90 personas; que la

propuesta del mutuo acuerdo se le hizo a todos los trabajadores sin importar si estaban o no sindicalizados; que de los que no aceptaron el acuerdo tres personas fueron despedidas sin justa causa, entre ellos el actor; que antes del 2017 la empresa ya había despedido gente, fueron seis despidos sin justa causa de personas que no hacían parte del sindicato; que la empresa no sigue funcionando en su razón social; que actualmente hay cinco personas trabajando, el gerente general, dos representantes legales, una ingeniero a cargo del desmonte de los elementos de la planta, un señor de mantenimiento, y ella.

Finalmente, **Héctor Enrique Ordoñez Núñez** expuso que ostenta el cargo de Gerente Financiero de la empresa demandada desde el 09 de julio del 2001; que conoció al demandante cuando ingresó a laborar, él era soldador armador, trabajó hasta comienzos de marzo de 2017, y se le terminó el contrato sin justa causa; que además del actor, se le finiquitó el contrato de trabajo sin justa causa a dos personas el 02 de marzo de 2017; que el día aludido hubo acuerdos o propuestas para terminar contratos, sin embargo no estuvo en esa reunión; que tiene entendido que a todos los trabajadores les hicieron un ofrecimiento que era un acuerdo de retiro por mutuo acuerdo, otorgándose un bono de retiro que excedía lo que hubiera sido una indemnización por despido sin justa causa, en todos los casos; que a todos los empleados, incluso administrativos o directivos se les hizo los acuerdos; que toda la parte administrativa firmó el acuerdo; que actualmente la compañía no desarrolla su objeto social, y se encuentra en proceso de liquidación de los remanentes de inventario, en espera para demoler las construcciones y desmontar la maquinaria, y haciendo todos los procesos para organizar temas laborales, pensionales, y tributarios con Colpensiones, U.G.P.P., y D.I.A.N.; que no se ha solicitado ante las entidades competentes la liquidación de la compañía porque no ha llegado el acta de la matriz, pero está en trámite tal solicitud; que la cláusula de estabilidad laboral convencional

consiste en que la compañía no podía despedir sin justa causa a trabajadores con contrato indefinido que estuvieran en la lista anexa a esta, más del 10%; que para la firma de la convención habían más de 105 trabajadores; que en el periodo del 2016 a 2017 se despidieron algunos trabajadores, hubo aproximadamente ocho despedidos que estaban en la lista de la convención y dos personas que no; que en 2017 fueron tres más los despidos de personas que estaban a término indefinido; que los despedidos en el 2016 no eran parte del sindicato, y no todos eran beneficiarios de la convención, ya que había personal administrativo, uno de contabilidad y también uno de la parte de producción que le ayudaba con el control de calidad; y que al momento de suscribirse la convención no tiene el dato exacto de afiliados al sindicato, pero que eran 105 trabajadores, de los cuales 44 no eran cobijados por la convención, 41 que los cubría, y otros 20 que estaban en otra lista, pero no sabe si estaban amparados por la convención.

Pues bien. Expuesto el anterior recuento probatorio, lo primero por advertir es que en efecto el presente acuerdo colectivo le es aplicable al demandante, no solo por estar afiliado al sindicato firmante (fls. 22 y 23) sino además por lo establecido en la cláusula 33°, esto es el campo de aplicación en el que no se excluyó el cargo de Soldador Armador, que desempeñó el demandante.

En segundo lugar y para resolver el quid del asunto planteado en apelación, considera necesario la Sala aproximarse al artículo 3° de la Convención Colectiva de Trabajo 2013-2025 suscrita entre las partes, en aras a dilucidar cuál es su interpretación más acorde. Dicha norma dispone lo siguiente:

“Artículo 3- ESTABILIDAD LABORAL: La empresa solamente hará uso del Artículo 8° del Decreto 2351 hasta de un diez por ciento (10%) anualmente, del número de trabajadores que estén vinculados a ella en la fecha de la firma de la presente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2017-00745 -02

Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

Convención Colectiva de Trabajo por contratos de trabajo a término indefinido.

La lista del personal a que se refiere el párrafo anterior se anexa a este documento y constituye parte integrante del mismo. La aplicación de este diez por ciento (10%) será proporcional al número de trabajadores sindicalizados y no sindicalizados. En circunstancias normales la aplicación del Artículo 8° mencionado, salvo la limitación del porcentaje aquí pactado, se hará integralmente para los despidos sin justa causa aunque dicha norma deje de ser vigente.

Cuando la empresa, por razones técnicas o económicas debidamente comprobadas, solicite y obtenga del Ministerio del Trabajo autorización para efectuar despidos colectivos de sus trabajadores, reconocerá y pagará a los trabajadores despedidos la totalidad de las indemnizaciones de que trata el Artículo 8° del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1965).

Es entendido que la limitación del diez por ciento (10%) pactada para el uso en circunstancias normales del Artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, no cobija a los trabajadores que ingresen a la empresa con posterioridad a la fecha de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo ya sea con contrato a término indefinido o con cualquier otra clase de contrato de trabajo.”

De la lectura de la norma convencional se extractan las siguientes características:

- La cláusula convencional únicamente aplica para trabajadores que se encontraban **vinculados** a la empresa antes de la firma de dicho acuerdo convencional.
- La cláusula convencional únicamente aplica para efectos de llevar a cabo **despidos sin justa causa**, téngase en cuenta que el artículo 8° del Decreto 2351 de 1965 se refiere a “Terminación unilateral del contrato sin justa causa”.
- La empresa tiene un límite anual para efectuar despidos sin justa causa de hasta un 10% tomando como referencia el número de trabajadores **vinculados con contrato a término indefinido a la fecha de la firma de la convención.**

- El anterior diez por ciento (10%) incluye trabajadores sindicalizados o no.
- La cláusula referida no cobija a ningún trabajador que ingrese a la empresa después de firmado el acuerdo colectivo, independientemente de la modalidad de vinculación.
- Si la empresa obtiene el permiso del Ministerio del Trabajo para efectuar despidos colectivos podrá hacerlos, siempre y cuando pague las correspondientes indemnizaciones por despido sin justa causa.

i) Por metodología lo primero que resolverá la Sala es el punto que resultó controversial entre las partes y la juzgadora de primera instancia, relativo a la interpretación del término **“anualmente”** contenido en la cláusula convencional, por lo que se acude al diccionario de la Real Academia de Lengua Española para extraer su significado. Al respecto, encontramos lo siguiente:

“Anualmente: 1. adv. Cada año”.

Así mismo, la palabra anual significa:

“1. adj. Que sucede o se repite cada año” y “2. Adj. Que dura un año”.

De esta manera, considera la Sala que la cláusula convencional se refiere a los despidos que se pueden efectuar cada año, por demás que siguiendo los lineamientos de la sentencia SL1947-2021, cuando los juzgadores se encuentran ante un dilema hermenéutico de estas características deben atribuir a los términos o frases un sentido corriente, común, cercano a los interlocutores sociales, de manera que los tecnicismos o ficciones jurídicas no deben tener un lugar privilegiado sobre los términos corrientes de las cláusulas, a

menos que los interlocutores acudan a ellos para delimitar conceptos o instituciones propias de la dogmática jurídica.

Es que, conforme a lo anterior, considerar que la cláusula hace referencia a que las respectivas anualidades cuentan *a partir de la firma de la convención*, resulta ser una interpretación forzada, que no se desprende de manera natural de lo expresado en el texto, y que para que ello fuere así, debía constar la condición o la manifestación expresa en el documento; condición que no está contemplada en el acuerdo, por lo que, lo lógico y pragmático resulta ser entender dicha palabra en su sentido natural, esto es, que aplica para cada año.

Dicha conclusión se soporta además de la lectura integral de la convención colectiva de trabajo aportada a las diligencias, al observar que las demás cláusulas que contienen beneficios extralegales, contemplan incrementos, beneficios o auxilios siempre por anualidades comprendidas entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de cada año; ver a manera de ejemplo cómo se estipulan los incrementos salariales (Art.1°); el auxilio para educación, que establece que: “se pagan en la nómina de febrero de cada año lectivo por el total correspondiente a 12 mensualidades descritas en los literales a) y b) de éste artículo” (Art. 6°); y el auxilio de maternidad (Art8°) entre otros.

En síntesis, el término “*anualidad*” utilizado en la redacción del artículo 3° de la convención colectiva de trabajo que se estudia, debe entenderse como vigencias comprendidas entre enero y diciembre de cada año, por demás que no se arrió prueba alguna que dé cuenta que la sociedad demandada pagó los beneficios o auxilios incluidos en el acuerdo por anualidades comprendidas de junio a junio ni que los respectivos incrementos a dichos beneficios se hicieren en igual manera en el mes de junio de cada año.

ii) Resuelto lo anterior, se ocupará la Sala de examinar el alcance de la cláusula 3° de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos alegados en el recurso de alzada.

De la lectura del texto normativo, que ya se transcribió, para la Sala es posible y razonado entender, en el contexto del acuerdo convencional, que la cláusula 3° de la convención colectiva de trabajo tuvo como fin restringir la posibilidad del empleador de efectuar despidos colectivos de las personas que se encontraban laborando al servicio de la empresa demandada para el momento de la suscripción del convenio colectivo. Así, la empresa demandada puede efectuar despidos colectivos conforme a la norma legal, siempre y cuando sean autorizados por el Ministerio de Trabajo y, únicamente puede despedir hasta un total del diez por ciento (10%) anualmente, del número de trabajadores que estén vinculados a ella en la fecha de la firma de la Convención Colectiva de Trabajo por contratos de trabajo a término indefinido, lo que claramente resulta ser un beneficio superior al de la norma legal, si se contrasta con el numeral 4° del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, que dispone que cuando una empresa tiene entre 100 y 200 trabajadores, se está en presencia de un despido colectivo cuando se termina el contrato del 15% de éstos en el transcurso de seis meses.¹

Entonces, en aras a determinar la correcta aplicación del artículo 3° de la convención colectiva de trabajo, esto es, para los efectos de verificar si el empleador desconoció o desbordó el límite del 10% permitido por dicha disposición para el mes de

¹Artículo 67 de la Ley 50 de 1990:

(...)

"4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podrá calificar un despido como colectivo sino cuando el mismo afecte en un periodo de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta (50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos (500) e inferior a mil (1000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1000)". (Negrilla por la Sala).

marzo de 2017, fecha de despido del actor, la activa debía acreditar de manera nítida, el número definitivo de **trabajadores vinculados a término indefinido a la fecha de la celebración del acuerdo convencional.**

Teniendo claras las premisas fácticas de la norma, se descende a la prueba que milita en las diligencias, evidenciando que, para efectos de determinar el número de despidos hechos por el empleador en una época específica, el expediente no cuenta con prueba alguna de la cantidad de trabajadores que prestaban sus servicios a la empresa demandada *vinculados mediante contrato a término indefinido* para el 11 de junio de 2013, fecha de suscripción de la convención colectiva de trabajo. Tampoco podría desprenderse la prueba de dicho hecho concreto del interrogatorio de parte efectuado al representante legal de la demandada, por cuanto en dicha oportunidad este dijo "*Tengo entendido que había 105 trabajadores al momento de la firma de la convención colectiva*" pero, dicha afirmación no permite deducir que se refería al total de contrataciones **a término indefinido**, que es la condición claramente pactada en el acuerdo colectivo de trabajo, como marco de referencia para efectuar despidos sin justa causa.

A lo sumo, lo que puede derivarse de la confesión del demandado es que al momento de la firma de la convención colectiva de trabajo se tenía un total de 105 trabajadores, más – se insiste – no es esta la premisa fáctica necesaria para encuadrar el supuesto de caso que exige la norma convencional.

Tampoco refiere ilustración alguna frente al punto debatido la conclusión que se puede extractar de los certificados de aportes a seguridad social de folios 150 y 151, según los cuales a marzo del año 2017, la empresa demandada contaba con 136 trabajadores, quedando 41 a abril del mismo año, por cuanto se desconoce la premisa fáctica del número de trabajadores

vinculados con contrato a término indefinido para la fecha de la suscripción de la convención colectiva de trabajo.

En igual sentido respecto de la documental de folio 22, que contiene una certificación expedida por el demandado según la cual *“en cuanto a su solicitud de que se le informe el número de ex trabajadores desvinculados sin justa causa de la compañía desde junio de 2016 al 30 de abril de 2017 nos permitimos indicarle que el mismo es de 12 ex trabajadores, de los cuales sólo 3 hacía parte del sindicato”*.

Lo anterior por cuanto nótese cómo dicha certificación es insuficiente para establecer que se configuran los requisitos del artículo 3° convencional, pues este no sólo exige el despido del 10% de trabajadores, sino también que éstos estuvieran vinculados al momento de la suscripción de la convención colectiva, y que su vinculación fuera mediante contrato a término indefinido; no obstante, el documento en estudio tan sólo establece, de forma genérica, que se despidieron sin justa causa 12 trabajadores, de los cuales se desconoce si fueron vinculados antes o después de la convención colectiva de trabajo y tenían contrato a término indefinido.

Se estima además que, el último argumento expuesto, también aplicaría, en gracia de discusión, de aceptarse la tesis de la juzgadora de primera instancia, esto es, que la anualidad debe contar desde la fecha de suscripción de la convención colectiva, esto es, del 11 de junio de 2013 al 11 de junio de 2014, y así sucesivamente, pues únicamente se tomó que durante este periodo se despidieron 12 trabajadores, número mayor al 10% de trabajadores (105), pero sin tener en consideración la fecha de su vinculación y el tipo de contrato que regía la relación laboral.

En síntesis, al expediente únicamente se arrimó prueba, que documenta que, entre junio de 2016 y el 30 de abril de 2017 se

efectuaron 12 despidos sin justa causa; (comunicación del 15 de mayo de 2017 fls. 22 y 23), prueba que estudiada íntegramente con la prueba testimonial permite inferir que nueve de éstos fueron despedidos en el año 2016, y tres en el año 2017 (dos el 02 de marzo de 2017, y uno tan pronto regresó de sus vacaciones), prueba que resulta insuficiente, porque como se dijo en precedencia- ante la ausencia de la prueba reina, esto es la prueba del número de trabajadores vinculados con contrato a término indefinido al momento de la suscripción de la convención colectiva de trabajo, existe una imposibilidad de determinar cuál es el límite de 10% que debió respetar el empleador.

Por las razones expuestas en precedencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia y las condenas impuestas, y en consecuencia se **ABSOLVERÁ** a la demandada de la pretensión de reintegro elevada por la parte actora, debiendo la Sala ocuparse de estudiar la pretensión subsidiaria elevada referida a la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del C.S.T.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En el *sub lite* no encuentra la Sala que el empleador se hubiera abstenido de reconocer prestaciones sociales o salarios,

por el contrario, el trabajador en interrogatorio de parte señaló que la empresa le pagó la totalidad de acreencias laborales a su cargo, y al descender al caso se observa que la terminación del contrato de trabajo aconteció a partir del 02 de marzo de 2017 (fls. 20 y 21) y que el pago de las acreencias laborales, así como la indemnización por despido injusto se efectuó a órdenes de un juzgado el 23 de marzo de 2017, lo que se notificó al trabajador el 26 del mismo mes y año (fl 99 a 106); lapso que la Sala estima razonable y por tanto oportuno para efectuar las acreencias a que tenía derecho el trabajador, por lo que se considera que no hay lugar a la prosperidad de tal pretensión.

Por lo brevemente expuesto, se **REVOCARÁ** la sentencia en su integridad, y se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

VII. COSTAS.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL** de las pretensiones propuestas por **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2017-00745 -02

Demandante: **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA.**

Demandado: **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL.**

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la parte actora.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” y/o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

totalidad de los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, y rendimientos; y que COLPENSIONES reciba a la actora como afiliada y reciba los valores obtenidos de ésta mientras estuvo vinculado en PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (medio óptico de folio 50), se opuso a las pretensiones de la demanda, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa, propuso como excepciones las que denominó proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

Por su parte, a **PORVENIR S.A.** se le tuvo por NO CONTESTADA la demanda, mediante auto del 18 de marzo de 2021 (fl.51).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de mayo de 2021, en la que **declaró la ineficacia del traslado** del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad realizado el 01 de febrero de 2001, y condenó en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno; a su vez le ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A. para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas cotizadas. Condenó en costas incluidas las agencias en derecho a COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de \$1'200.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A., señaló frente a la devolución de gastos de administración, que está tiene una destinación específica y legal, y que se ven reflejados en los rendimientos que se han obtenido hasta la fecha; que tampoco es dable devolver las sumas que se pagaron por sumas de primas de seguros provisionales, pues ya no están en su poder y la cobertura que brindó la aseguradora se encuentra extinguido.

COLPENSIONES, por su parte indicó que si bien es cierto se exigía al afiliado la voluntad o la intención de afiliarse al fondo privado, al tenerse por no contestada la demanda a Porvenir S.A., se debió tener por cierta su afiliación dado que este fue un hecho

de la demanda, lo que por demás no fue objeto de controversia en el asunto; que para invertirse la carga de la prueba se debe observar lo que establece la Corte Constitucional, esto es, que el demandante no puede obtener las pruebas; y que no se deben imponer costas, pues no tuvo ningún tipo de injerencia en el traslado de régimen.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, se admitieron los recursos de apelación, y el grado jurisdiccional de Consulta además se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si devino en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente”

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que,

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 17 de octubre de 1989 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el medio óptico de folio 50; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A. el 01 de febrero de 2001 (fl.54); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 07 de febrero de 2020, ante COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por tal entidad (fls.29 a 31).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Sentadas las anteriores premisas lo primero que debe advertirse es que al plenario no se arrimó formulario de afiliación, únicamente se cuenta con el certificado del Registro Único de Afiliados- RUAF que da cuenta de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A. el 01 de febrero de 2001, por lo que, considera la Sala que dicho documentos es suficiente para establecer la afiliación de la demandante al RAIS; sin embargo, es claro que la pasiva no arrimó elemento de prueba alguno del que pueda extraerse que cumplió con el deber de información, omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que del mismo no se desprenden consecuencias adversas para aquella ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora González Díaz en el traslado que esta realizó en el año 2001, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones- por las razones que precedentemente quedaron expuestas, de manera que, COLPENSIONES pese a no participar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

en el acto de traslado está obligada a recibirla, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado.

Esto que se dice y que resuelve la apelación de la AFP PORVENIR, conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, PORVENIR, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, y en virtud de la Consulta que le asiste a COLPENSIONES, se ADICIONARÁ **el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de que PORVENIR S.A. debe además trasladar con destino a COLPENSIONES, las sumas que hayan descontado a la señora Doris Yasmina González Díaz por concepto de **gastos de administración** y los dineros para el fondo de garantía de pensión mínima en el caso de que se hubieren retenido, debidamente indexados **indexados**, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en las sentencias SL1421-2019, rad. 56174, SL3199-2021, SL4192-2021 y SL3871-2021, recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667; en esta última se dijo:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, y en lo referente a las **COSTAS**, se tiene que si bien técnicamente Colpensiones es condenada a recibir de vuelta al afiliado, dicha decisión es la consecuencia lógica de la conducta indebida de la A.F.P Porvenir, quien no suministró la debida información previa al acto de traslado, luego en realidad no es vencido en juicio sino un tercero afectado con la declaratoria de ineficacia. Por ello, al no ser COLPENSIONES quien incurrió en el incumplimiento al deber de información de la actora, y dado que ni siquiera tuvo injerencia en el traslado de ésta, se **REVOCARÁ** el numeral quinto de la sentencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la imposición de costas.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **ADICIONAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de que PORVENIR S.A. debe además trasladar con destino a COLPENSIONES, las sumas que hayan descontado a la señora Doris Yasmina González Díaz por concepto de gastos de administración y los dineros para el fondo de garantía de pensión mínima en el caso de que se hubieren retenido, debidamente indexados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00113 -01.

Demandante: **DORIS YASMINA GONZÁLEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

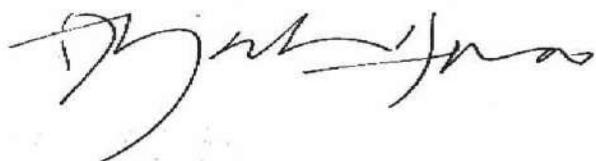
SEGUNDO. – REVOCAR el numeral quinto de la sentencia. En su lugar se ABSUELVE a COLPENSIONES de la imposición de costas.

TERCERO. –.CONFIRMAR en lo demás la sentencia

CUARTO. –.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

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

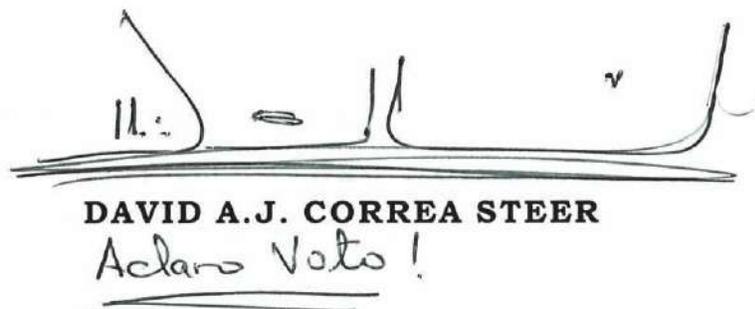
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500320200011801

Demandante: **HERNANDO BAUTISTA ORTIZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Téngase como apoderado sustituto de Colpensiones al doctor Michael Cortázar Camelo, identificado con TP No. 289.256 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la respectiva sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, y a estudiar en Grado Jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **HERNANDO BAUTISTA ORTIZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado el 21 de agosto de 1998 a través de la AFP Porvenir S.A., y que, como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerlo en el RPM, como si nunca se hubiera trasladado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, narró que **1)** Se trasladó a Porvenir S.A. el 21 de agosto de 1998; **2)** Dicha afiliación contiene inconsistencia, pues el formulario de vinculación no registra la firma del empleador, incumpliendo con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; **3)** El asesor comercial de Porvenir S.A. no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, no se hizo un estudio de su situación particular, y solamente se le ilustró acerca de las ventajas del RAIS; **4)** Nació el 9 de abril de 1953 y cuenta con 66 años; **5)** Porvenir S.A. le realizó una simulación pensional y proyectó su mesada pensional en \$1.092.200; **6)** Realizada una simulación de la mesada pensional en Colpensiones, esta equivaldría a \$4.106.996; **7)** Efectuó solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones, petición que fue respondida de manera negativa.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (Fl. 34), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, (fl. 35), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia condenatoria, declarando **ineficaz** el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 21 de agosto de 1998 a través de Porvenir S.A., ordenando a esta última a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de realizarse, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin lugar a descuento alguno; a su vez le ordenó a Colpensiones que aceptar y recibir

dicho traslado y activar la afiliación del actor, actualizando la información en la historia laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., argumentó que, no se hizo un análisis del contexto histórico, esto es, para el año 1998 cuál era el deber de información y la obligación de esa AFP sobre el tipo de información que debía brindar ya que, según el precedente jurisprudencial y conforme la confesión del demandante en su interrogatorio de parte, la información que se le brindó cumple con los requisitos para demostrar que su decisión fue debidamente informada.

Precisó que para el año 1998 no se exigía otra prueba más que el formulario de afiliación, el cual, es un requisito sine qua non, pero, contrario al principio de la confianza legítima, la Corte Suprema de Justicia elimina este aspecto, además siendo este un documento público no fue tachado de falso, por lo que las expresiones contenidas en él, como la manifestación de voluntad, se deben tener como ciertas, debiéndose establecer que el actor recibió la información suficiente para el año 1998.

Indicó que, se asegura en el fallo de primera instancia que el demandante nunca estuvo afiliado en el RAIS y que por ello Porvenir S.A. tiene que trasladar todos los dineros, pero no se obliga al actor a restituir los ejercicios financieros que ha recibido por más de 20 años, teniendo en cuenta que el artículo 1746 del Código Civil habla de restituciones mutuas, pero en este caso solo una parte es la que debe restituir y resaltó que las obligaciones de tracto sucesivo como son los dineros aportados a los seguros y fondos de previsión no son susceptibles de restitución pues ya se han ido generando y concretando a través del tiempo y sobre la comisión de administración, que también es un elemento de los gastos de administración, es un fruto financiero que recibe esa AFP por la

gestión de los dineros, que le ha generado rendimientos financieros, por lo que Porvenir S.A. no está obligada a trasladar los gastos de administración, máxime cuando no se demostró que esta actuó de mala fe.

Adujo que los gastos de administración son netamente económicos y no hacen parte de los dineros destinados a la pensión del demandante, por lo que no revisten la protección de imprescriptibilidad

COLPENSIONES, por su parte, expuso que, si se contrasta lo que el demandante dijo con lo manifestado en los supuestos fácticos de la demanda, se traen nuevos elementos, de los que se puede inferir que sí se le brindó una información al momento de decidir de manera libre y voluntaria, tal como lo manifestó su afiliación al RAIS, circunstancia totalmente válida, por lo que su permanencia en el RAIS es completamente procedente.

Indicó que, si bien se ordena la devolución de todos los dineros cotizados con motivo de la afiliación del demandante, esta circunstancia no es óbice para determinar que no se afecta el principio de sostenibilidad financiera, el cual tiene como finalidad la financiación o el correcto financiamiento de las pensiones en el RPM y en este caso el demandante ya sobrepasó la edad para ser beneficiario de una pensión en el RPM, con lo que es claro que una de las primeras actuaciones del actor será que Colpensiones entre a reconocer una prestación de carácter pensional, circunstancia que no ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia, pero que no se puede obviar en este asunto, por lo que debe analizarse cuáles son las repercusiones de estas decisiones para Colpensiones.

Recalcó que, en su momento, lo que el ISS hizo fue validar el derecho a la libre escogencia del régimen que tienen los afiliados dentro del sistema, por lo que no tiene que verse afectado un tercero que no participó en el negocio que se está

demandando, ello en virtud del principio de la relatividad contractual, por lo que Colpensiones no tendría porque verse perjudicada por las consecuencias del negocio jurídico, máxime cuando a Colpensiones se le está condenando en costas, pues si bien se presenta oposición, no puede concluirse que fue vencida en juicio, sino que únicamente se le impuso una obligación y no una condena.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de julio de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz

el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un

consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las

Código Único de Identificación: 11001310500320200011801

Demandante: **HERNANDO BAUTISTA ORTIZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

f) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que

enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 28/02/1977 (fl 29); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 21/08/1998 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl 62 cd. 34); y **iii)** el día 09/01/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., petición que fue negada por la entidad (fls. 14 a 16)

Pues bien, a folio 62 del disco compacto obrante a folio 34 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 21/08/1998 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio

¹ Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, argumenta Porvenir S.A. en su apelación que para la época en que el demandante efectuó el traslado de régimen no era obligatorio dejar prueba adicional más que el formulario de afiliación, argumento que no es de recibo pues como se dejó sentado en precedencia, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, Arts. 13 literal b), 271 y 272, así como el Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 se dejó sentado el deber de información a la AFP, sin olvidar las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal obligación que bien pudo haberse demostrado con cualquier medio probatorio consagrado en la legislación, como en antecedencia se dijo.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen

pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Bautista Ortiz en el traslado que este realizó en agosto de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones- sin que para el efecto el formulario de afiliación de folio 62 cd. 34, tenga alcance alguno, por las razones que precedentemente quedaron expuestas.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, Porvenir S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razones por las que Considera esta Sala que las motivaciones que se exponen en las sentencias precedentemente referidas, le brindan al fallador de primer grado razones para incluir no solo los gastos de administración sino los dineros para el fondo de garantía de pensión mínima, no obstante se **ADICIONARÁ** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos debe devolver los **gastos de administración** así como **las sumas pagadas por**

concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

De igual manera y, atendiendo el argumento presentado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, la mencionada entidad también expuso en su recurso, el hecho de que es un tercero en el negocio jurídico celebrado entre la accionante y Porvenir S.A. y que con su devolución a esa entidad se causa un daño, por lo que debe traerse a colación el **principio de la relatividad jurídica**, figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los

contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio - explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

³ *Ibidem*.

Código Único de Identificación: 11001310500320200011801

Demandante: **HERNANDO BAUTISTA ORTIZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, pues, pese a no participar en el acto de traslado, está obligada a recibirlo, **pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado, tal como lo indicó entre otras en la SL 1688-2019 Rad. 68838, en la que expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Así la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a la exoneración de costas de Colpensiones, es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, ha de revocarse la condena impuesta a esa entidad por este concepto, ya que esta resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido

a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso al afiliado como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

X. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de **ADICIONARLA**, para **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, que, dentro de los valores que debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos y bonos pensionales, debe devolver los **gastos de administración, seguros previsionales, sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de garantía de pensión mínima** con cargo a los propios recursos, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Demandante: **HERNANDO BAUTISTA ORTIZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

SEGUNDO.- REVOCAR la condena en costas impuesta a Colpensiones en primera instancia, por lo expuesto en esta providencia.

TERCERO.- CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO .- COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

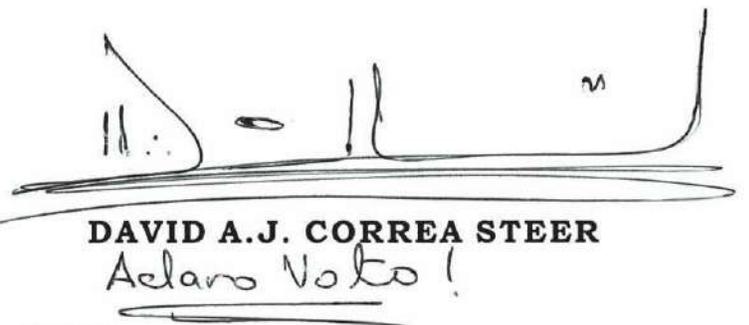
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro No to!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de enero de dos mil veintidós (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ** promoviese contra **PELUQUERÍA MACHO S S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 04 de febrero de

2014 al 03 de febrero de 2015 con INVERSIONES STYLE S.A.S. y, subsidiariamente, con PELUQUERÍA MACHO S S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, e indexación.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Laboró al servicio de INVERSIONES STYLE S.A.S del 03 de febrero de 2014 al 03 de febrero de 2015; **2)** Desempeñaba el cargo de Estilista; **3)** Los elementos con los que suministraba sus servicios eran propiedad de INVERSIONES STYLE S.A.S., y ocasionalmente de PELUQUERÍA MACHO S S.A., quienes ofrecen servicios de corte de cabello, alisados, peinados, tintes, maquillaje, cepillados, depilaciones faciales y corporales, manicure, pedicura, y demás funciones estéticas relacionadas con belleza; **4)** Prestaba sus servicios de manera personal, cumpliendo un horario de lunes a domingo de 11 horas, con un día de descanso, que era rotativo; **5)** Recibía órdenes e instrucciones de INVERSIONES STYLE S.A.S. y PELUQUERÍA MACHO S S.A.; **6)** Que INVERSIONES STYLE S.A.S llevaba un registro de entrada y salida; **7)** Le pagaban en efectivo semanalmente; su forma de pago consistía en que el 40% del valor cobrado a los clientes le correspondía y el 60% se lo quedaba la demandada; **8)** Devengaba \$1'850.000; **9)** No podía ausentarse de la peluquería sin pedir permiso, se le formulaban llamados de atención por parte de ambas demandadas, y se le advertía que de no cumplir los horarios, sería desvinculado de la peluquería; **10)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende; y **11)** El contrato de trabajo le fue terminado por INVERSIONES STYLE S.A.S.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

PELUQUERÍA MACHO S S.A. (fls. 59 a 62), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, y la genérica.

Se limitó a aceptar que ofrece servicios de corte de cabello, alisados, peinados, tintes, maquillaje, cepillados, depilaciones faciales y corporales, manicure, pedicura, y demás funciones estéticas relacionadas con belleza. Negó los demás hechos.

INVERSIONES STYLE S.A.S. (fls. 155 a 163), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, pago y buena fe, prescripción, y compensación.

Aceptó la existencia de un contrato con el accionante desde el 04 de febrero de 2014 hasta el 03 de febrero de 2015; pero de índole comercial, en virtud de la cual se entregó en concesión al actor un espacio o cubículo, para que este ejecutara sus servicios; que el accionante era autónomo e independiente, y era éste el que determinaba los servicios de belleza que brindaba; que las herramientas de trabajo eran del actor; que el actor ingresaba y salía de conformidad con los clientes que tuviera para atender; que las acreencias laborales que fueron causadas hace más de tres años, se encuentran prescritas; y que ha obrado de buena fe y con la convicción de estar frente a un contrato de naturaleza comercial.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que no existió controversia en cuanto a que el accionante prestó sus servicios con **INVERSIONES STYLE S.A.S.**, que en relación con PELUQUERÍA MACHO S S.A. basta con señalar que el actor en interrogatorio de parte confesó que no prestó servicios a su favor; que el dicho de los testigos de la parte actora no era lo suficientemente espontáneo, dado que tenían el ánimo de ayudar al demandante, motivo por el que valoró las pruebas pero de manera más rigurosa; que frente a INVERSIONES STYLE S.A.S. no se lograron extraer elementos propios de la subordinación, ya que podía atender sus propios clientes, lo hacía con sus propias herramientas, compraba su uniforme, y los elementos que le suministraba la sociedad en mención eran cargados a los servicios que prestaba el estilista; que no obra prueba de la existencia de horarios y llamados de atención, por demás que los clientes eran asignados de conformidad con un fichero que dependía del orden de llegada, que en caso de ausencia, sus clientes eran asignados a otro estilista; y que está acreditado que no existía exclusividad del accionante, quien también desarrollaba labores ajenas a las de estilista de forma simultánea.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La parte actora expuso que con el acervo probatorio recolectado se logró demostrar que laboró al servicio de INVERSIONES STYLE S.A.S. cumpliendo un horario de trabajo, y de manera personal; que la demandada aludida no logró demostrar que el accionante desarrolló su labor de forma autónoma e independiente, pues los testigos además de ser

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

compañeros de trabajo, tenían pleno conocimiento de las condiciones en que se desarrolló su relación laboral; que aunado a lo anterior, del contrato de concesión se logran determinar aspectos propios de un contrato laboral, como las' prórrogas, preavisos, exclusividad, así como la obligación de aceptar los precios que establece la empresa accionada; que de los testigos se logra desprender que debían utilizar los elementos suministrados por la demandada, ésta tenía la potestad de asignarle clientes, el tiempo que se podían demorar, debía pedir permisos, y que eran objeto de sanciones por el incumplimiento de un horario laboral, al no poder trabajar algunas horas, e inclusive imponérseles descuentos de orden económico; que el accionante no podía efectuar sus labores en el horario y con los productos que deseara; que por lo anterior hay lugar a pagar las prestaciones sociales y vacaciones pretendidas, así a reconocer las indemnizaciones moratoria, ya que, la accionante no obró de buena fe al omitir el pago de las acreencias propias de una relación laboral.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado por parte del Magistrado que tuvo el conocimiento inicial del caso, traslado que utilizado por el apoderado de la parte actora para reafirmar sus argumentos¹.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala

¹ Si bien los alegatos ante la instancia fueron presentados ante el Magistrado ponente que se declaró impedido, lo cierto es que estos fueron leídos y analizados por los Magistrados que profieren la decisión, por lo que no se está ante los supuestos fácticos del numeral 7° del Art. 133 del C.G.P

adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable considerar que entre las partes existió una relación laboral.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece **la presunción** de que toda relación de trabajo personal está regida

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

por un contrato de trabajo² y nuestra jurisprudencia, de antaño ha indicado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En un caso de similares características, y en tratándose de labores de peluquería, para determinar si existió un contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3318-2018, dispuso:

“El colegiado no desconoció que, a favor de la demandante, se activó la presunción legal consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, al estar suficientemente acreditado que le prestó personalmente un servicio a la demandada. Por lo tanto, reconoció que era esta la que debía desvirtuar esa presunción, confirmando que la actora prestaba sus servicios con autonomía e independencia.

Para la Sala, es evidente la apreciación errónea de la confesión judicial del representante legal de la demandada, pues, al examinarla, lo que se advierte es que, lejos de demostrar la referida presunción, aquella declaración rendida por la propia accionada corrobora el supuesto fáctico presumido.

Tal deducción se extrae, no solo del hecho de que la demandante (i) cumpliera un horario, tal como expresamente lo manifestara el confesante, sino también, porque (ii) no era ella quien determinaba el valor de los servicios que prestaba sino el Club El Nogal; (iii) tampoco programaba las citas con los clientes,

² **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

pues esto lo hacía la contratante a través de sus supervisoras; (iv) debía vestir el uniforme que la accionada le proporcionaba, quien, además, (v) ejercía un poder disciplinario al adelantar indagaciones, e imponerle llamados de atención cuando se presentaban quejas de los usuarios.

Todo lo anterior no dice cosa distinta a que la accionante no era autónoma en la actividad que ejecutaba, pues ni siquiera podía fijarle el precio a los servicios que prestaba, como tampoco estaba en condiciones de programar a su voluntad la agenda de los clientes, ni atenderlos en el lugar que deseara, además de que no podía usar un atuendo distinto al que se le suministraba”.

(...)

A la luz de este panorama, los contratos de concesión, la carta de presentación de la actora por medio de la cual ofreció sus servicios, el escrito de terminación por parte de esta, adiado el 15 de octubre 2014, los certificados de aportes al sistema de seguridad social, los pagos efectuados por el Club en la cuenta de la demandante y la facturación presentada por ella, no tienen la fuerza probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de subordinación que en favor de la actora se activó con arreglo al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los cargos prosperan, y abren paso al quiebre de la sentencia impugnada”.

En igual sentido, en la sentencia SL3824-2020 dijo en relación con los **contratos de concesión**:

“La Sala estima que el juez de segunda instancia no incurrió en ningún yerro apreciativo respecto el contenido de tales documentos, toda vez que no desconoció que entre las partes se suscribieron tres contratos de concesión con sus respectivos otros sí o que incluso se suspendieron del 28 de abril de 2015 al 30 de junio del mismo año, y del 30 de septiembre de 2015 al 1.º de octubre de dicha data. Lo que sucedió fue que, al analizar las pruebas para determinar las condiciones en las que se ejecutaron las actividades contratadas, advirtió que la demandante prestó servicios personales en favor de la demanda, y que, por tanto, en favor de la primera operó la presunción de contrato de trabajo.

Además, el contenido de los mencionados documentos no evidencia prueba alguna contra la presunción aludida ni de ellos deriva la autonomía e independencia en la ejecución de las labores contratadas. Así es, porque en tales elementos de juicio se evidencian unos acuerdos suscritos entre las partes con las puntuales condiciones en las que debían desarrollarse, de donde el juez plural coligió que lo plasmado contractualmente no acompasó con la manera en que se ejecutó. En otras palabras, otros medios de convicción aportados al juicio, revelaron que los contratos comerciales encubrieron una relación de trabajo subordinada”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Mario Alexander Grajales López celebró contrato de concesión comercial con la **Peluquería MACHO STYLE LTDA.** (empresa diferente a PELUQUERÍA MACHO S S.A.), el 29 de junio de 2012, con una duración de cuatro meses, siendo prorrogable hasta por tres periodos más, por tiempos iguales o inferiores al término inicialmente pactado (fl.165).
- ii) El actor celebró un contrato de concesión comercial con la Peluquería **MACHO STYLE LTDA.**, el 04 de febrero de 2014, según certificación del 20 de noviembre del mismo año (fl.9).
- iii) Peluquería **MACHO STYLE LTDA.** cambió su razón social el 06 de octubre de 2016 a **INVERSIONES STYLE S.A.S.**, según certificado de existencia y representación (fls. 54 a 57), y acta de junta de socios con su respectiva inscripción ante Cámara de Comercio (fls. 66 a 72).

Al proceso comparecieron a rendir testimonio **Derly Xiomara Cotrina Ríos, Martha Maritza Castañeda Rodríguez, José Antonio Rodríguez Rodríguez, Eduar Humberto Murillo y Diana Marcela Riaño**, quienes señalaron:

Derly Xiomara Cotrina Ríos manifestó que era compañera de trabajo del demandante y que lo conoció en Macho Style; que estuvo presente cuando el demandante prestaba sus servicios; que el actor tenía un horario de 10:00 A.M. a 9:00 P.M.; que laboró en Macho Style desde septiembre de 2014 hasta abril de 2015, en el cargo de estilista integral; que el demandante laboraba de domingo a domingo, descansando martes o miércoles; que el demandante tenía como cargo el de Estilista, y

hacía todo lo referente a queratinas, cortes, tinturas, maquillaje, peinados, etc.; que si el demandante no iba a laborar, le llamaban la atención; que el actor no podía ausentarse del trabajo a la hora que él quisiera, tenían que informar con anterioridad, si se fallaba hacían un llamado de atención, y si se llegaba tarde le ponían la primera ficha para atender un cliente dos horas después; que Carolina Lara era quien daba las órdenes, la que los contrató, y quien pagaba; que debían cumplir horario, y portar el uniforme; que el puesto lo podía usar cualquier peluquero, no era exclusivo para él, de modo que si había mucho trabajo, el puesto estaba disponible para cualquier peluquero y éste podía trabajar ahí sin problema; que el actor no podía elegir a qué cliente atender y a cuál no, él debía atender al cliente que le tocara si estaba en turno, así él no quisiera; que se manejaba el horario a través de un fichero que consistía en unas fichas que tenían el nombre de cada uno de ellos, y por orden de llegada se iban asignado los clientes, pero si se llegaba tarde, no ponían tu ficha sino dos horas después y de última; que el pago del actor variaba dependiendo de los turnos que hiciera, un promedio es de \$300.000- \$380.000, a veces hasta \$500.000 dependiendo de lo que uno hiciera; que si no había clientes el actor tenía que estar presente en la peluquería; que el actor tenía herramientas propias, como tijeras, planchas, y máquinas, pero los químicos, era la peluquería quien los aportaba; que por los químicos les hacían descuentos; que Carolina Lara era la que recibía el pago de los clientes, pero cuando no estaba, lo hacían dos auxiliares o dos familiares; que no podían recibir el dinero del cliente; que las cajeras llevaban el control de los servicios prestados; que es Carolina Lara la que dice qué día se descansa, no siendo posible hacerlo viernes, sábados, y los domingos de vez en cuando; que el demandante no usaba las marcas que quisiera para su trabajo, porque la empresa tenía sus propias marcas y se tenía que ajustar a las que ellos dijeran; que esos químicos pese a que le eran descontados del salario no podían ser sacados del local; que el actor no atendía por fuera del establecimiento o a domicilio,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

estaba prohibido; y que en caso de dañarse una herramienta, tenían que reponerla.

Por su parte, **Martha Maritza Castañeda Rodríguez** dijo que era cajera recepcionista de la PELUQUERÍA MACHO S S.A., desde el 2011; que el demandante no laboró para la peluquería; que en la mayoría de peluquerías se maneja un contrato de concesión, de modo que, los estilistas no cumplen ningún horario ni objeto de sanciones disciplinarias, así como los elementos de trabajo son de cada estilista, de modo que si se dañan, ellos mismos deben de reponerlos; que los estilistas llevaban a sus propios clientes; y que no conoce al demandante.

José Antonio Rodríguez Rodríguez adujo que trabaja para la PELUQUERÍA MACHO S S.A. hace más de 20 años; que nunca ha visto al demandante; que no tiene nada que ver INVERSIONES STYLE S.A.; que en las peluquerías el contrato de concesión comercial se usa mucho, de modo que, se brinda un espacio y un puesto de trabajo, para que el estilista preste sus servicios con sus propios clientes; que es el estilista quien trae sus máquinas, no se les hacen llamados de atención, y maneja su agenda; y que laboró con la Peluquería Machos Style.

Eduar Humberto Murillo expuso que era compañero de trabajo del demandante, ya que era Estilista de la Peluquería Machos Style; que comenzó a trabajar desde mediados de marzo de 2014 hasta noviembre de 2014; que cuando comenzó a trabajar, el demandante ya estaba trabajando; que el actor tenía el cargo de estilista; que las funciones del accionante eran brindar asesoría a los clientes de acuerdo al trabajo que se fuera a hacer; que cuando trabajó había seis estilistas; que en algunos casos, los compañeros más antiguos tenían clientela y estos clientes los iban a buscar directamente a ellos, pero como en el salón se maneja un horario, los atendía según el fichaje, de manera que el primer cliente que llegaba era atendido por el

primer estilista, y el segundo estilista atendía el siguiente, y así sucesivamente; que el demandante tenía un horario de trabajo que iniciaba a las 9:00 A.M. o 10:00 A.M., y la hora de salida se suponía que era a las 8:00 P.M. o 9:00 P.M., respectivamente, pero muchas veces, se salía a las 11:00 P.M., 12:00 A.M., o 1:00 A.M.; que el tema de la salida es difícil de manejar para el empleado porque el administrador pone sus cláusulas dentro del salón y sus horarios, los que se debían respetar; que si era hora de salida, y llegaba un cliente, debía ser atendido; que si se llegaba tarde a trabajar, la peluquería ponía una multa y una sanción, al estilista se le sancionaba con dos horas, y no lo ponían en el fichero durante ese tiempo, si es que el administrador lo dejaba trabajar; que también ponían sanciones si ellos no portaban el uniforme; que se tenía que pedir permiso con anterioridad al administrador en caso de ausencia, que no recuerda que el demandante haya faltado a su puesto de trabajo; que todos los estilistas tenían sus propias herramientas, pero que cuando se trataba de tintes, y champú, la empresa normalmente contratava una casa cosmética que proveía esos productos, y lo que se hacía era revender el producto al estilista, siendo descontado su valor de su trabajo; que no tenían que pagar recibos públicos, como agua; que el pago del demandante era por el porcentaje sobre clientes atendidos durante la semana, se daba un porcentaje por cliente, no había un básico; que no sabe por qué el demandante dejó de trabajar para la peluquería; que los uniformes tenían que darlos ellos, pero debían comprarlos de acuerdo a las exigencias de la peluquería, en cuanto a color y diseño, no tenían logo; que el encargado del fichero era el administrador, Carolina Lara, pero siempre dejaba un asistente del área de caja y éste se encargaba del orden de las fichas; que cuando se quedaban hasta tarde era por orden del administrador; que cuando no estaba la administradora, ésta dejaba un delegado, quienes también podían darles órdenes; que la persona que manejaba la caja tomaba nota de las personas que iban llegando y así mismo aplicaba las sanciones; que el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

demandante no podía prestar servicios a otra peluquería; que se pactó que no se podía sacar la herramienta a pesar de ser de cada uno de los estilistas; que se sometían a las tarifas de la empresa, se las daba directamente la administración; que cuando finalizaba un servicio, el cliente se lo cancelaba a quien atendía la caja; que no sabe hasta qué fecha estuvo el demandante trabajando, ya que después de noviembre de 2014 no tuvo contacto con éste; que no podían hacer domicilios; que en caso de daño de los utensilios de trabajo, tenían que reemplazarlos; y que cuando se terminaba de prestar el servicio el cliente se dirigía a la caja, y la persona que lo atendía le decía a la secretaria el valor que debería cancelar.

Finalmente, **Diana Marcela Riaño** expuso que fue compañera de trabajo del actor en la Peluquería Machos Style; que laboró desde el 18 de enero del 2015, y el demandante salió como en febrero de 2015; que el actor tenía el cargo de estilista, y ella de manicurista; que se manejaban dos horarios en la peluquería, de 9:00 A.M. a 8:00 P.M., y de 10:00 A.M. a 9:00 P.M., y que el demandante tenía el último; que cuando alguien llegaba tarde y le llamaban la atención, no lo hacían delante de todos, pero sí se hacía; que se debía pedir permiso para ausentarse, si era para una fecha específica se debía realizar con tiempo, y si era por enfermedad con certificación médica; que los insumos eran del estilista, así como el uniforme; que el demandante devengaba entre \$1'000.000 y un \$1'500.000, dependiendo del flujo del mes; que habían sanciones de días sin trabajar si llegaban tarde o por no asistir, y en alguna ocasión vio con un compañero sanciones monetarias; que las sanciones las ponía la administradora del salón; que no podían ponerles precios a los servicios prestados, estos valores ya eran determinados por la administración; que cuando un estilista no asistía, no podía enviar un reemplazo; que el cliente debía cancelar los servicios en la caja, no se pagaba directamente al estilista; que les pagaban un porcentaje del servicio que

prestaban, un 40%, y el resto era para el salón; que también les hacían descuentos por el kit de cada cliente; que el actor tenía que reponer sus herramientas, como tijeras, porque era su equipo de trabajo; y que no sabe si el actor tenía otro tipo de negocio.

Pues bien, del análisis integral de las probanzas referidas, como ya se dijo en precedencia, no está en discusión la prestación personal del servicio que el demandante efectuó para el demandado, no solo por cuanto la pasiva expresamente aceptó dicho hecho al contestar la demanda, sino porque ello además se constata con las declaraciones de los testimonios de Derly Xiomara Cotrina Ríos, Eduar Humberto Murillo y Diana Marcela Riaño, luego entonces es evidente que se está ante los supuestos fácticos exigidos por el Art. 24 del C.S.T., para tener por presumida la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

Por lo tanto, era el demandado quien tenía la carga de desvirtuar esa presunción, acreditando que, contrario a lo que presume la norma en comento, el actor prestaba sus servicios con autonomía e independencia, lo que no ocurrió; pues a diferencia de lo razonado por el A Quo, lo cierto es que en el expediente no existen elementos suficientes de prueba para afirmar con contundencia que el demandante fue autónomo en las labores que ejecutó para el demandado y que prestó el servicio de manera independiente sin sujeción a órdenes del demandado o sus representantes, pues el sólo hecho de suscribirse entre las partes un contrato de concesión resulta insuficiente para acreditar tal circunstancia, es decir ese solo hecho no es suficiente para determinar que esta fue la verdadera relación contractual, en virtud del principio de la primacía de la realidad, máxime si se tiene en cuenta que el contrato de concesión es del año 2012 y tiene un término de duración de cuatro meses, con un máximo de tres prórrogas, por lo que sólo podía extenderse más allá de un año, de modo que, con el allegado al plenario no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

es dable extraer las condiciones que rigieron la vinculación contractual de las partes.

De otro lado en el análisis de los dichos de los testigos **Derly Xiomara Cotrina Ríos, Eduar Humberto Murillo, y Diana Marcela Riaño**, que fueron tachados por INVERSIONES STYLE S.A.S., la Sala los encuentra válidos para probar los hechos de la demanda, al ofrecer claridad y credibilidad en sus dichos, evidenciando que fueron contestes e hilvanados en sus declaraciones dando cuenta de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que percibieron los hechos, se trató de testigos directos al prestar servicios en el mismo lugar, y pese a ser evaluados con mayor rigurosidad, por la tacha advertida, la Sala encuentra e que sus declaraciones fueron contestes, claras, fehacientes, ajenas a contradicciones y aptas para probar, que entre las partes sí se configuró un contrato de trabajo, pues de sus dichos se puede extraer la escasa o poca autonomía que el actor tenía el desempeño de su labor.

Todo lo anterior no dice cosa distinta a que el accionante no era autónomo en la actividad que ejecutaba, pues ni siquiera podía fijarle el precio a los servicios que prestaba, como tampoco estaba en condiciones de programar a su voluntad la agenda de los clientes, ni atenderlos en el lugar que deseara, además de que no podía usar un atuendo distinto al que se le suministraba.

Por el contrario, si bien los testigos **Martha Maritza Castañeda Rodríguez y José Antonio Rodríguez Rodríguez**, fueron claros en señalar que no conocían al demandante al afirmar que este no laboró para la PELUQUERÍA MACHOS S.A.S., lo cierto es que ello entra en franca contradicción con los mismos hechos confesados por la demandada al contestar el libelo genitor de la Litis, pues la pasiva expresamente reconoció conocer y haber suscrito con el demandante sendos contratos de concesión. De otro lado si bien dieron cuenta que en la gran mayoría de

peluquerías se maneja un contrato de concesión, así como de las características del servicio que prestan los estilistas de conformidad con éste, lo cierto es que no tienen un conocimiento directo de las actividades que desarrollaba el accionante, así como tampoco si era objeto subordinación.

Por otra parte, y en relación con los **extremos temporales**, como quedó visto **INVERSIONES STYLE S.A.S.**, aceptó que el accionante tuvo un nexo contractual con dicha sociedad, del 04 de febrero de 2014 al 03 de febrero de 2015; en consecuencia, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral primero** de la sentencia, en cuanto absolvió a INVERSIONES STYLE S.A.S. de las pretensiones incoadas en su contra, y **el numeral segundo en su integridad**, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ e INVERSIONES STYLE S.A.S.** del 04 de febrero de 2014 al 03 de febrero de 2015.

PRESCRIPCIÓN.

En el caso bajo estudio se tiene que la demanda se presentó el 26 de agosto de 2016 (fl.13), no obstante, únicamente se incluyó como demandado a **PELUQUERÍA MACHO S S.A.**, siendo reformada para incluir a la demandada **INVERSIONES STYLE S.A.S.**, quien es precisamente con quien se declara la relación laboral hasta el 15 de agosto de 2017 (fls. 46 a 53).

Así las cosas, y para determinar a partir de qué fecha se debe contabilizar el término prescriptivo se hace necesario verificar si se está frente a un litisconsorte necesario o facultativo, pues en caso de estarse frente al último, los actos procesales, entendidos como recursos, impulsos o medios exceptivos, así como los sustanciales tienen efectos positivos o negativos, de forma independiente a todos los litisconsortes. Al punto, puede consultarse la sentencia SL383-2021 proferida por

la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que dispuso:

“Descendiendo la jurisprudencia en cita al caso objeto de análisis, encuentra esta Sala que, **no resultaba indispensable la vinculación de las codeudoras** Cementos Argos S. A., Coltejer S. A y Textiles Fabricato Tejicondor S. A., pues se reclama la declaratoria de la actualización de las mesadas adeudadas por Industrial Hullera S. A. en liquidación, entidad que tiene la obligación principal sobre dichos conceptos y con quien existe la relación jurídica que dio origen al proceso.

Además, se peticiona una obligación que no se encontraba plenamente definida, pues, se recuerda, por vía constitucional se amparó el otorgamiento de las mesadas y no se pronunció sobre su actualización y reajuste; argumento que ratifica la necesidad de la vinculación del obligado principal, mientras que la de los solidarios es voluntaria, siguiendo el precedente CSJ SL9585-2017.

Por tanto, lo pretendido podría formularse exclusivamente contra Industrial Hullera S. A. en liquidación, siendo posible resolver de fondo sin que, necesariamente, se encuentren vinculadas las sociedades matrices, pues, aquella es la obligada primordial y estas son subsidiarias, cuya defensa se encamina a derruir los supuestos que edifican la aludida solidaridad, más no la existencia del derecho. **En ese orden, como la relación de derecho sustancial en el caso objeto de análisis se puede escindir, se está ante un litisconsorcio facultativo.**

Tal circunstancia adquiere mayor relevancia, si se recuerda que la Corte Constitucional, en decisión CC SU-636-03, dispuso su orden para proteger los derechos fundamentales vulnerados, de forma *definitiva* respecto de Industrial Hullera S. A., mientras que, a las sociedades matrices, de manera *transitoria*, lo que ratifica que las obligaciones eran escindibles y que éstas últimas tiene una responsabilidad subsidiaria.

En ese orden, en el sub lite se está frente a un litisconsorcio facultativo, por el cual, de conformidad con el artículo 50 del CPC, los actos procesales, entendidos como recursos, impulsos o medios exceptivos, así como los sustanciales tienen efectos positivos o negativos, de forma independiente a todos los litisconsortes”. (Negrillas por la Sala).

De esta manera, y dado que INVERSIONES STYLE S.A.S y PELUQUERÍA MACHO S S.A. son dos empresas completamente diferentes, según los certificados de existencia y representación legal de folios 10 a 12 y 54 a 56, y en la medida que la parte actora no pretendió la declaratoria de unidad de empresa y/o grupo empresarial, sustitución de empleadores, e inclusive

solidaridad, así como tampoco las acreditó, la conclusión no puede ser otra que se está frente a un litisconsorte facultativo.

En ese orden de ideas, al ser demandada INVERSIONES STYLE S.A.S hasta el 15 de agosto de 2017, se considera que se encuentran prescritas las prestaciones sociales y vacaciones causadas con anterioridad al 15 de agosto de 2014 hacia atrás, con excepción de las cesantías, las que su término prescriptivo inicia a partir de la terminación del contrato de trabajo, que como se dijo acaeció el 03 de febrero de 2015. Lo dicho de conformidad con las sentencias del 23 de octubre de 2012, rad. 41005, SL2885-2015 y SL697-2021, por citar algunas.

Finalmente, se aclara que se dio cumplimiento al plazo de un año que establece el artículo 94 del C.G.P., dado que el auto que admitió la reforma de la demanda data del 16 de enero de 2018 (fl.75), y se notificó INVERSIONES STYLE S.A.S. el 25 de octubre del mismo año (fl.154). Por tanto, procede la Sala a estudiar el valor que se tendrá por concepto de salario, prestaciones sociales, vacaciones, e indemnizaciones pretendidas, de conformidad con los parámetros sobre la prescripción estudiados.

SALARIO, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES.

Teniendo en cuenta que no existe prueba del salario, pues los testigos **Derly Xiomara Cotrina Ríos, Eduar Humberto Murillo, y Diana Marcela Riaño** fueron en contestes en manifestar que no era fijo, y que dependía de la cantidad de clientes que se atendieran semanalmente, lo que podía variar, no queda otro camino que establecer como salario el **mínimo legal mensual vigente** para la época de los hechos.

Cesantías: Al no operar el fenómeno prescriptivo, tenemos que se debe reconocer por el tiempo laborado en 2014 la suma de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

\$559.533,33, y por la fracción de 2015, \$59.065,42, esto es, **\$618.598,75.**

Intereses a las cesantías: Dado que los causados por el año 2014 se hicieron exigibles el 01 de febrero de 2015, y los de 2015, a partir del día siguiente de la terminación del contrato de trabajo, es claro que no operó el fenómeno prescriptivo, por lo que, se debe pagar por las correspondientes al año 2014, **\$67.144**, y por las del año 2015, **\$7.087,85**, esto es, un total de **\$74.231,85.**

Prima de servicios: Dado que las del primer semestre de 2014 se hicieron exigibles el 01 de julio de 2014, operó el fenómeno prescriptivo, pues recuérdese que están prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al 15 de agosto de 2014, no siendo así con las causadas con posterioridad, ya que, se hicieron exigibles a partir del 21 de diciembre de 2014. Por tanto, por concepto de prima de servicios del segundo semestre de 2014, el periodo proporcional del primer semestre de 2015, se adeudan las sumas de \$308.000 y \$59.065,42, esto es, la suma de **\$367.065,42.**

Vacaciones, dado que el contrato inició el 03 de febrero de 2014, y que en consecuencia se hicieron exigibles transcurrido el año de labor, esto es, el 04 de febrero de 2015, no operó fenómeno de prescripción, por lo que, hay lugar a reconocer por tal concepto la suma de **\$322.175.**

SANCIONES MORATORIAS E INDEXACIÓN.

La máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias

particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

Dicho lo anterior, está acreditado en el plenario, la existencia de un contrato de trabajo en virtud del principio de la realidad, lo que se logró determinar con las pruebas militantes en las diligencias, las que dieron cuenta que **INVERSIONES STYLE S.A.S.**, pese a vincular al accionante mediante un contrato de concesión, le impartía órdenes, le fijaba un horario de trabajo y el valor de las tarifas que debía cobrar, además de hacerle llamados de atención y estar sometido a un régimen disciplinaros, circunstancias de las que no es dable desprender buena fe por parte del empleador, pues conforme al desarrollo de la relación contractual se evidenció que la aludida contratación civil constituyó una fachada para disfrazar la verdadera existencia de un vínculo de índole laboral.

En consecuencia, sería del caso proceder a reconocer la **sanción por no consignación de las cesantías**, sino fuera porque las cesantías de 2014 se debieron consignar a más tardar el 14 de febrero de 2015, fecha para la que ya estaba finiquitado el nexo contractual, siendo únicamente viable la **indemnización moratoria**, la que según las voces del parágrafo 2° del artículo 65 del C.S.T. corresponde a un día de salario por cada día de retardo desde el día siguiente de la terminación del contrato de trabajo hasta que se haga efectivo el pago, pues el salario que devengaba el accionante era el mínimo legal.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02
Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**
Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

Así las cosas, se debe pagar por concepto indemnización moratoria la suma de **\$21.478,33 por cada día de retardo desde el 04 de febrero de 2015 hasta que se haga efectivo su pago.**

Finalmente, y en lo referente a la **indexación**, que dicha condena es incompatible con la indemnización moratoria, por cuenta esta ya contiene la actualización del dinero por la pérdida del poder adquisitivo del dinero; por tanto, no se accede a dicha pretensión.

VII. COSTAS.

Costas en ambas instancias a cargo de INVERSIONES STYLE S.A.S.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero** de la sentencia en cuanto se absolvió a INVERSIONES STYLE S.A.S. de las pretensiones de la demanda; y **el numeral segundo en su integridad.** En lugar, se dispone:

- 1. DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ e INVERSIONES STYLE S.A.S.** del 04 de febrero de 2014 al 03 de febrero de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**

2. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a **INVERSIONES STYLE S.A.S.**, a reconocer y pagar a favor de MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ, las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

A. Cesantías, \$618.598,75.

B. Intereses a las cesantías, \$74.231,85

C. Prima de servicios, \$367.065,4

D. Vacaciones, \$322.175

E. Indemnización moratoria, la suma de \$21.478,33 por cada día de retardo desde el 04 de febrero de 2015 hasta que se haga efectivo su pago.

3. **ABSOLVER** a **INVERSIONES STYLE S.A.S.** de las demás pretensiones incoadas en su contra por MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.

SEGUNDO. - **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

TERCERO. - **Costas** en ambas instancias a cargo de **INVERSIONES STYLE S.A.S.**

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2016-00464 -02

Demandante: **MARIO ALEXANDER GRAJALES LÓPEZ.**

Demandado: **PELUQUERÍA MACHOS S.A. E INVERSIONES STYLE S.A.S.**



(Impedido)

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de INVERSIONES STYLE S.A.S.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2018-00121 -01
Demandante: **RODOLFO HIDALGO MARTÍNEZ.**
Demandado: **PRODUCTOS RAMO S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **RODOLFO HIDALGO MARTÍNEZ** promoviese contra **PRODUCTOS RAMO S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de marzo de 1984 al 31 de marzo de 2015, que el último cargo que desempeñó fue el de Director Línea Del Chiras, que su último salario era la suma de \$3'753.000, y que el contrato de transacción que celebró con su empleador fue una

decisión propia y unilateral de éste. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de la nulidad del contrato de transacción celebrado el 31 de marzo de 2015 por vicio del consentimiento; su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social integral dejados de percibir desde la finalización de su contrato de trabajo hasta que sea reintegrado; e indexación.

Subsidiariamente, pretende se declare, que la empresa no cumplió con el procedimiento para llevar a cabo despidos colectivos. Como consecuencia de lo anterior, solicita que su despido se declare ilegal; y por ende se ordene su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social integral dejados de percibir desde la finalización de su contrato de trabajo hasta que sea reintegrado; perjuicios morales; e indexación.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

- 1)** Suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada, el que perduró del 12 de marzo de 1984 al 31 de marzo de 2015;
- 2)** Desempeñaba el cargo de Director Línea Del Chiras;
- 3)** Devengaba \$3'753.000;
- 4)** Mientras estuvo vigente la relación laboral cumplió con todas y cada una de las obligaciones legales y contractuales, acatando órdenes e instrucciones;
- 5)** Recibió reconocimientos y ascensos;
- 6)** El 30 de marzo de 2015 fue citado por la demandada a una reunión en la Serrezuela Country Club- Mosquera - invitación que se extendió a más de 300 trabajadores, especialmente, a quienes llevaban más de 20 y 30 años, tenían algún tipo de discapacidad, o eran madres cabeza de hogar-, en la que le fue entregado un contrato de transacción y una carta de terminación del contrato de trabajo;
- 7)** Se negó a firmar el contrato de transacción, siendo presionado bajo el argumento de que si no lo hacía no le sería reconocido el bono de retiro;
- 8)** Manifestó que no era su consentimiento firmar el contrato de transacción, no obstante, contra su voluntad firmó el contrato, señalando que "*Me Reservo*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2018-00121 -01
Demandante: **RODOLFO HIDALGO MARTÍNEZ.**
Demandado: **PRODUCTOS RAMO S.A.**

el derecho A Revisión Reclamación, y si ubiere (sic) a demandar.310315.9:30 am"; **9)** El 01 de abril de 2015, se presentó a trabajar, pero le negaron su ingreso; **10)** La demandada no tuvo autorización del Ministerio del Trabajo o autoridad administrativa para llevar a cabo el despido colectivo de más de 300 trabajadores; **11)** El 16 de abril de 2015, la demandada pagó al actor una liquidación definitiva por la suma de \$164'463.135, y fue autorizado para que pudiera retirar sus cesantías; **12)** Su única fuente de ingresos era su trabajo; **13)** No ha podido vincularse laboralmente nuevamente, ya que supera los 50 años de edad; y **14)** Mediante Resolución 3030 del 27 de septiembre de 2017, el Ministerio del Trabajo sancionó a la demandada por terminar contrato a trabajadores que presentaban discapacidad o una afectación en su salud, entre los meses de marzo y abril de 2015.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

PRODUCTOS RAMO S.A. (fls. 84 a 93), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, improcedencia del reintegro, pago, compensación, cosa juzgada, y la genérica.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, los extremos temporales del mismo; el último salario devengado por el demandante, así como que elaboró un contrato de transacción y una carta de terminación de contrato del actor; que autorizó el retiro de las cesantías del actor el 16 de abril de 2015; y que el actor al momento de firmar dejó la constancia, "*Me Reservo el derecho a Revisión Reclamación, y si ubiere (sic) a demandar.310315.9:30 am*".

Indicó que el contrato de trabajo del accionante finalizó de mutuo acuerdo, acto que se perfeccionó mediante la suscripción de un contrato de transacción; que la actitud del actor es temeraria, en la medida que carece de sentido que persiga la nulidad del acta de transacción, y no devuelva los valores que le fueron pagados, circunstancia que además genera un enriquecimiento sin justa causa; que la difícil situación financiera y económica que está atravesando originó la realización de un plan de retiro voluntario, en la que se acordó terminar el contrato de trabajo de varios trabajadores, quienes acudieron de manera libre y voluntaria a suscribir el contrato de transacción; que la constancia realizada por el actor al momento de suscribir el contrato de transacción está referida a la potestad de revisar la liquidación y el monto pagado, pero no que no estuviere de acuerdo con el pacto que estaba celebrando; y que el aludido plan de retiro voluntario no constituye despido, motivo por el que no era necesario acudir al Ministerio de Trabajo, para solicitar autorización para llevarlo a cabo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 08 de abril de 2021 dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis refirió el A Quo, que no se encuentra suficientemente acreditado que sobre el accionante se hubiera efectuado algún tipo de fuerza, constreñimiento, o dolo, para que éste firmara el contrato de transacción; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia nada impide que se efectúen planes de retiro voluntario de trabajadores, dado que, el trabajador goza de la autonomía de aceptarla o rechazarla; y que aunado a lo anterior, en caso de considerarse que fue ilegal el contrato de transacción, lo procedente no sería el reintegro sino el pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues esta hubiera sido la sanción que a la entidad se le hubiera impuesto.

Finalmente, adujo que no hay lugar a reconocer las pretensiones subsidiarias, pues no se está en presencia de un despido, sino de una decisión a las que las partes arribaron de mutuo acuerdo, por lo que es no es dable pregonar que se está frente a un despido colectivo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

LA PARTE DEMANDANTE indicó que no se analizó que el actor fue citado de manera sorpresiva a la reunión en la que se firmó el contrato de transacción, así como que esta era de carácter obligatorio; que en la reunión no se dio el tiempo de analizar el contenido del documento, y si bien lo firmó, dejó constancia que no era su voluntad suscribirlo; que el actor acreditó el vicio del consentimiento, no sólo con la nota que se plasmó en el contrato sino también si se tiene en cuenta que apenas trascurrió una hora entre el inicio de la reunión y la suscripción del acuerdo; que con el bono lo único que se hizo fue pagar su indemnización por despido injustificado; que el contrato de transacción va en contra de derechos ciertos e indiscutibles; que el testigo de la demandada no contaba con las facultades expresas para suscribir contratos de transacción, por lo que esto también le resta validez a dicho contrato; que se puede convalidar la renuencia del trabajador al no acceder a firmar otros documentos que le puso de presente su empleador; que al declararse la ilegalidad del despido ~~contrato de trabajo~~, lo procedente es el reintegro, pues queda sin piso el acto con el que se dio la terminación del contrato de trabajo; que la sanción del Ministerio de Trabajo recayó sobre 30 trabajadores, aproximadamente; que no se estudió el video que grabó el actor el 01 de febrero, donde se denota que no dejaron ingresar a varios trabajadores; y que el demandante se rehusó a recibir la suma que le fue reconocida.

Explicó que el contrato de transacción fue preestablecido; y que fueron muchos trabajadores los que demandaron, inconformes contra el contrato de transacción, por lo que no es dable considerar que no se está frente a un despido colectivo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable considerar que el contrato de transacción que firmaron las partes y a través del que se dio por terminado el contrato de trabajo, debe ser declarado nulo al presentarse vicios en el consentimiento; y en caso de no estimarse así, deberá analizarse si se está frente a un despido colectivo.

ILEGALIDAD DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN.

Con respecto a la definición legal de la transacción en materia laboral lo cierto es que no existe en el Código Sustantivo del Trabajo, pues la normativa sustantiva laboral se limita a decir en el artículo 15 que: *“Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”*, pero no conceptualiza dicha institución. No obstante y aunque es cierto que el contrato de transacción en materia del derecho de trabajo no ha tenido reglamentación, ello no quiere decir que no pueda ser aplicable en materia laboral, conforme lo dispuesto en ese artículo 15 del C.S.T., ya mencionado.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que cuando un trabajador se obliga a través de un contrato de transacción es necesario que su consentimiento **no adolezca de vicios**, esto es, de error, fuerza o dolo; en todo caso, cuando se alega alguno de estos, deben estar suficientemente acreditados en el juicio. Al punto, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en sentencia SL787-2021 dijo:

“Sin perder de vista la naturaleza fáctica de la acusación, cabe recordar que el artículo 1502 del Código Civil preceptúa que para que una persona se obligue, es necesario que concurren, entre otros elementos, el consentimiento libre de vicios, es decir, que no adolezca de error, fuerza o dolo (artículo 1508 *ibídem*). Este postulado, adquiere especial relevancia cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, toda vez que el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, de suerte que requiere una especie de acción afirmativa que procure aminorar la diferencia sustancial que caracteriza el vínculo. Por tal razón, en los casos en que se debaten cuestiones como la que ocupa la atención de la Sala, el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad.

Esta Corporación ha adoctrinado que los vicios del consentimiento no se pueden presumir por el juez laboral, sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que *«con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se*

presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso» (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015)».

Del mismo modo, se hace necesario recordar que en sentencia del 20 de junio 2012, Rad. 39369, reiterada recientemente en la SL2005-2021, se señaló que el **contrato de transacción pre-impreso o elaborado por el empleador** no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple expresado por el trabajador, así como tampoco es una circunstancia que permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo. Expresamente dijo la sentencia en comentario:

“Asimismo, resulta intrascendente la circunstancia de que el acta en comentario estuviera preimpresa o elaborada por la propia empleadora, basta decir lo que en otras oportunidades ha reiterado esta Corporación, en cuanto a que ‘El hecho de que el mencionado documento fuera elaborado por la demandada, no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo’ (Sentencia del 4 de abril de 2006 radicado 26071)».

En relación con la **fuerza** que alega la impugnante, tiene sentado la referida Corporación que para que la violencia llegue a viciar el consentimiento debe ser tan poderosa e irresistible que prive a la víctima de su discernimiento y albedrío, hasta el punto de que sea el querer del violento el que se imponga en la relación del negocio jurídico de que se trate. En sentencia SL17429-2017 señaló:

“Aquí es oportuno traer a colación lo dicho por esta Sala en sentencia CSJ SL, 23 abr. 1986, en la que se explicó que: *«para que la violencia llegue a viciar el consentimiento debe ser tan poderosa e irresistible que prive a la víctima de ella de su discernimiento y albedrío, hasta el punto de que sea el querer del violento el que se imponga en la relación del negocio jurídico de que se trate, y el juzgado apenas sea un mero portavoz de la persona que lo domina»*, características que brillan por su ausencia en el material probatorio obrante en el plenario”.

Así mismo, y en lo referente a la celebración de **planes de retiro por parte de las empresas** a fin de dar terminación al

contrato de trabajo, la aludida corporación en sentencia SL17429-2017 indicó:

“no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptar o rehusar el ofrecimiento, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 36728, en donde se dijo:

[...] Y tampoco puede predicarse dolo determinante o siquiera incidental --artículo 1515 Código Civil--, del mero hecho de haber propuesto la demandada a sus trabajadores, y ante necesidades de reestructuración interna de la empresa, un plan de retiro voluntario compensado al cual con anterioridad a la citada fecha del 21 de septiembre de 2001 el trabajador aparece haberse acogido por medio de misiva de 18 de septiembre -- folio 79--. Y ello es así, por cuanto la Corte de tiempo atrás ha asentado que,

“Ni la ley ni las decisiones judiciales impiden que los empleadores promuevan planes de retiro compensado, ni es cierto que el ofrecimiento patronal de sumas de dinero a título de bonificación aceptadas voluntariamente por un trabajador constituye per se un acto de coacción. Por el contrario, tales propuestas patronales son una actuación legítima, en la medida en que el trabajador beneficiario de la bonificación o estímulo económico goza de libertad para aceptarla o rechazarla, de manera que esa sola circunstancia no es una presión indebida, ni error fuerza o dolo, sino un medio muchas veces idóneo y conveniente para ambas partes de resciliación contractual civilizada y justa de cara a las normales dificultades surgidas en el diario devenir de las relaciones laborales en la empresa, evitándose con ello frecuentemente una conflictividad crónica innecesaria entre las partes, que deteriora la armonía e impide la convivencia pacífica que debe presidir la ejecución de los contratos de trabajo. “En la vida del derecho, el mutuo consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para realizar un negocio jurídico, tiene en principio plena validez. Pero si el consentimiento de alguna de esas personas está viciado por error, fuerza o dolo, el acto es susceptible de invalidación. Por mutuo acuerdo entre empleador y empleado debe siempre celebrarse el contrato de trabajo. Y en la misma forma puede modificarse o aun extinguirse por resciliación. Pero esta última no exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato. Bien puede una de las partes ofrecerle a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte. Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido”

(Sentencia de casación de 18 de mayo de 1998, Radicación 10.608).

Tampoco la jurisprudencia ha aceptado que los aspectos escriturales de tales actos, como por ejemplo el lugar, el horario o tiempo requerido, el papel o los demás medios e instrumentos a través de los cuales éstos se materializan, permiten atribuir per se vicio del consentimiento del trabajador con la entidad suficiente para desquiciar el acto y predicar su invalidez”.

También cabe agregar, que la decisión de poner fin a la relación laboral por mutuo consentimiento, puede provenir bien del empleador o del trabajador (...). Negrillas por la Sala.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** Rodolfo Hidalgo Martínez laboró al servicio de PRODUCTOS RAMO S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de marzo de 1984 (fls. 33 y 34).
- ii)** El 30 de marzo de 2015 el actor fue invitado a una reunión para el 31 de marzo de 2015 en la Serrezuela Country Club- Mosquera; compromiso que se catalogó como de carácter obligatorio (fls. 20 a 34).
- iii)** El 31 de marzo de 2015, el accionante celebró con la demandada contrato de transacción para dar por finalizado su contrato de trabajo a partir de fecha, señalándose que se pagaría la suma de \$164'463.135, no obstante, el demandante dejó plasmada la siguiente nota: *“Me Reservo el derecho A Revisión Reclamación, y si ubiere (sic) A demandar”.* (fls. 36 a 38).
- iv)** Entre el 31 de marzo y el 01 de abril de 2015, se acogieron 269 trabajadores al plan de retiro voluntario propuesto por PRODUCTOS RAMO S.A. (fl.101).
- v)** Mediante la Resolución 3030 del 27 de septiembre de 2017, el Ministerio del Trabajo sancionó a la demandada con una multa de \$2.213'151.000, por cuanto dio por terminado el contrato de trabajo de 23

trabajadores que se encontraban en situación de discapacidad (fls. 43 a 48).

- vi)** El 21 de noviembre de 2017, PRODUCTOS RAMO S.A. interpuso los recursos de reposición y apelación contra la Resolución 3030 de 2017 (fls. 106 a 117).
- vii)** A través de la Resolución 5891 del 20 de noviembre de 2018 se revocó la Resolución 3030 de 2017, por cuanto no existía prueba que las personas despedidas se encontraban en situación de discapacidad (fls. 222 a 226).

Al proceso se arrimó la testimonial de **Jorge Alberto Cortés Bogotá e Isabel Cristina Pérez Muñoz**; testigos que se evaluarán con mayor rigurosidad de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, toda vez que el primer testigo tiene demanda contra la aquí accionada por razones similares a las que pretende la actora, y la segunda, fue representante del empleador en la firma de los contratos de transacción. Los testigos en mención manifestaron:

Jorge Alberto Cortés Bogotá, señaló que fue compañero de trabajo del actor en la empresa demandada; que la firma de su contrato de transacción se suscribió el 01 de abril del 2015; que las citaciones de trabajadores se desarrollaron en dos días, 31 de marzo y 01 de abril de 2015; **que no se encontró con el actor el día que fue a firmar el acuerdo**; que el día de la firma los hicieron seguir a un salón donde había una persona de la empresa, quien les comunicó que hasta esa fecha trabajaban con la empresa, que la suma que estaba ahí era la que les correspondía por ley, que debían firmar porque la empresa estaba en quiebra y que si no lo hacían los montos más adelante serían inferiores; que la persona que lo atendió lo presionó para que firmara, no le dio mucho tiempo para leer y que le dijo que firmara rapidito; **que no sabe qué información recibió el demandante**, pero el proceso fue similar al que les tocó a todos

los trabajadores; que le dieron como siete minutos para leer el contrato y **que al demandante no sabe si le dijeron lo mismo**; que el proceso fue el mismo para todos los trabajadores; que por lo que sabe a dos compañeros que no quisieron firmar, los devolvieron a la empresa y que seguirían trabajando, pero cuando fueron a trabajar no los dejaron entrar, los devolvieron al club a que arreglaran esa situación, y cuando fueron al otro día a firmar, el monto que les ofrecieron ya había disminuido; que quien lo atendió no aclaraba dudas, no lo dejó salir para hacer llamadas ni escribir una nota en la parte de abajo del contrato, que alguna inquietud tenía que hacerlo con un abogado; que el demandante le dijo, tiempo después, que en la parte de abajo del contrato dejó una inconformidad y que casi no le reciben esa hoja; que estaba en el turno de 2:00 A.M. a 10:00 P.M., y faltando 10 minutos para las 10:00 P.M. le llegó la circular de que debía presentarse al Club Serrezuela y que era de carácter urgente; y que esa citación fue la misma que le llegó al demandante.

Por su parte, **Isabel Cristina Pérez Muñoz** señaló que estuvo presente en el periodo de negociación que tuvo la empresa con los empleados del 31 de marzo al 01 de abril de 2015; que fue la persona que firmó las actas de transacción por parte de la empresa; que después del acuerdo de negociación, los trabajadores pasaban a firmar el acta; que las mesas estaban instaladas para que fuera llevada a cabo la negociación de manera individual con cada empleado; que todas las personas tuvieron la oportunidad de preguntar, mirar el acuerdo, ver lo que proponía la empresa y proponer una contrapropuesta; que el actor no hizo ninguna consulta, y no hizo ninguna pregunta; que hubo personas que no firmaron ese acuerdo, otros, que iban, salían, volvían, y consultaban con otras personas; que los que no firmaron el acuerdo se reincorporaron a sus labores, sin ninguna consecuencia en su contra; que el pago de las sumas acordadas de los trabajadores se hizo posterior a la firma, dentro de los días siguientes; y que no tenía facultades de representante legal para los días 31 de marzo y 01 de abril del 2015, solo como apoderada.

Sentado lo anterior, y conforme al acervo probatorio aludido, encuentra la Sala que al accionante le fue ofrecido un plan de retiro voluntario, sobre el cual, conforme a la sentencia SL17429-2017, no se configura *per se* un vicio del consentimiento, puesto que no existe prohibición que impida a los empleadores promover planes de retiro ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, en tanto es el trabajador quien puede en ejercicio de su libertad aceptar o rehusar el ofrecimiento; aunado a ello, esta circunstancia (la de llevar una preforma) por sí sola tampoco constituye una presión indebida, error, fuerza o dolo, por el contrario, es un medio idóneo para la resciliación contractual de cara a las normales dificultades surgidas en el diario devenir de las relaciones laborales en la empresa.

Así las cosas, nada impedía que la empresa citara a una reunión al demandante, y que le ofreciera en esta un plan de retiro voluntario, pues si bien la aludida reunión se anunció como de carácter obligatorio, esto no conllevaba ni implícita, ni tácitamente que el actor tuviera que firmar el acuerdo presentado, pues por el contrario, éste quedaba en la libertad de aceptar o rechazar tal ofrecimiento, sin que el carácter obligatorio, de la reunión implicara la forzosa aceptación de las condiciones que le fueron señaladas en esta.

En otras palabras, la Sala evidencia que no existe ninguna prueba en el plenario que dé cuenta que el empleador ejerció algún tipo de fuerza o coacción para que el demandante suscribiera el contrato de trabajo, no siendo suficiente para tal efecto el testimonio de Jorge Alberto Cortés Bogotá, pues es un testigo indirecto, quien basa su declaración en suposiciones y en información que el mismo demandante le suministró, ello, como quiera que ni siquiera estuvo presente el mismo día en que al actor le ofrecieron su plan de retiro.

En igual sentido, y en lo que respecta al tiempo que tuvo el demandante para analizar la propuesta contenida en el contrato de transacción, no obra prueba de que al demandante se le hubiese coaccionado para suscribir el contrato de transacción en un tiempo determinado, por demás que la testigo Isabel Cristina Pérez Muñoz, quien fue la representante del empleador en la suscripción de dicho documento, informó que a él y a todos los trabajadores se le brindaron todas las posibilidades para que pudieran consultar con familiares, amigos, abogados, y que el actor en ningún momento solicitó tal asesoramiento; testigo que a juicio de la Sala resulta creíble como quiera que el testigo Jorge Alberto Cortés Bogotá, informó de la posibilidad de no firmar y luego regresar al club donde se estaban llevando a cabo los planes de retiro voluntario, pese a que posteriormente le disminuyeran el monto inicialmente ofrecido, circunstancia que en todo caso, hace parte del proceso negocial, y podía en ese orden de ideas, ser aceptada o no por el actor.

Valga la pena precisar frente al punto que, si bien la testigo Isabel Cristina Pérez Muñoz informó que en la reunión que sostuvo con el actor no ostentaba la calidad de representante legal de PRODUCTOS RAMO S.A., sí señaló que era apoderada especial de ésta, situación que se constata al revisar el documento contentivo de la transacción, (fl xxxx) por lo que, en virtud de tal situación podía representar al empleador, recuérdese que el literal a) del artículo 32 del C.S.T. establece que es representante del empleador, *“quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador”*.

También cabe agregar, que la nota plasmada por el demandante en el contrato de transacción que textualmente se lee: *“Me reservo el derecho A Revisión Reclamación, y su ubiere (sic) A demandar”*, no tiene el alcance para determinar que el accionante no consintió su celebración, pues no hubo dentro del trámite del proceso judicial, controversia en cuanto a su firma,

es decir, que el demandante nunca señaló que no suscribió el contrato transaccional. Aunado a lo anterior, la nota objeto de estudio, es genérica y ambigua, no dice nada acerca de lo que eventualmente sería objeto de revisión, reclamación, o demanda, ni mucho menos se logra inferir que la otra parte en la celebración del acto, esto es, el empleador, hubiera aceptado dicha cláusula, pues por el contrario en el clausulado del contrato se extrae claramente que el trabajador aceptó lo siguiente:

- *“Al momento de la terminación se presentaron algunas **inquietudes** en cuanto a si además de lo contenido en la liquidación final de acreencias laborales que se presenta a HIDALGO MARTÍNEZ RODOLFO, se pudieron causar algunos derechos adicionales como consecuencia de la ejecución y la terminación del vínculo contractual. Las partes manifiestan que **superaron toda inconformidad**, habiendo convenido una fórmula de arreglo para precaver cualquier litigio”.*
- *“PRODUCTOS RAMO S.A. reconoce y paga a HIGALGO MARTÍNEZ RODOLFO la suma bruta de \$164'463.135 a título de suma única para **transigir y compensar cualquier eventual litigio**”.*
- *“PRODUCTOS RAMO S.A. y HIDALGO MARTÍNEZ RODOLFO convienen que para todos los efectos el contrato de trabajo **se entiende finalizado por mutuo acuerdo** el día 31 de marzo de 2015”.*
- *“PROCUTOS RAMO S.A. y HIDALGO MARTÍNEZ RODOLFO reconocen que han cumplido a satisfacción con sus obligaciones, y en consecuencia de buena fe se declaran **PAZ y SALVO** por todo concepto”.*
- *“HIDALGO MARTÍNEZ RODOLFO reconoce **haber revisado** el detalle de la liquidación final de acreencias laborales, la cual se adjunta en el anexo que hace parte de este contrato para todos los efectos legales a que haya lugar, declarando su aprobación sobre la misma ya que se*

encuentra acorde con los derechos establecidos en la ley, los cuales fueron considerando los ingresos base de liquidación aplicables, según los salarios devengados u todos los pagos constitutivos de salario reconocidos a EL EX TRABAJADOR, y que en este actor se ratifican”.

Así mismo, y en lo que respecta a que el tiempo de la reunión fue poco, pues tan sólo transcurrió una hora contada a partir del inicio de esta y la suscripción del contrato de transacción, dicha circunstancia, primero no está probada y segundo resulta ser insuficiente para establecer que se está frente a un contrato que se tornó en ilegal y/o nulo, pues aunado a que una hora no es un tiempo corto para proponer, discutir y suscribir sobre la posibilidad de firmar un plan de retiro, como quedó visto el actor al momento de suscribir el contrato presentó inquietudes y según lo que quedó plasmado en el documento se superó cualquier inconformidad.

De igual manera, no se encuentra que el contrato de transacción vulnerara derechos mínimos e indiscutibles del trabajador, pues la liquidación final de prestaciones sociales del actor arrojaba la suma de \$5'869.821, y la indemnización por despido sin justa causa por el término que laboró el accionante (31 años y 19 días), teniendo como base salarial, \$3'753.000, \$78'745.050, esto es, un total \$84'814.871, suma muy inferior a la que se reconoció con el acuerdo transaccional, que como se dijo fue de \$164'463.135; por lo que, de ninguna manera se puede concluir que la suma ofrecida vulneró derechos ciertos e indiscutibles del trabajador demandante.

Adicionalmente, no se encuentra que el actor se hubiere resistido a recibir el dinero objeto de transacción, pues en el contrato se pactó que *“el monto convenido será consignado en la cuenta bancaria en la que le ha pagado PRODUCTOS RAMO S.A., su salario hasta la fecha y que se encuentra registrada actualmente en la empresa, dentro de lo diez (10) días siguientes*

a la firma de este contrato", y este dinero fue consignado a través de Davivienda el 08 de abril de 2015, como fue pactado (fl. 96). Ahora, y si a lo que se refiere la impugnante es a la autorización del empleador para que el trabajador retirara las cesantías que tenía en el fondo Protección S.A. obrante a folio 42, basta con señalar que el valor que se plasmó en el contrato de transacción no incluía las cesantías que ya hubieren sido consignadas, por demás que estas constituían un derecho mínimo e irrenunciable, de las que en todo caso, el empleador no hubiera podido disponer.

Finalmente, y en cuanto al video obrante a folio 155, que la activa señala como no valorado por el juez de primer grado, debe advertirse que la Sala no encuentra el mismo como una prueba idónea para dar crédito a los dichos de la demanda, por cuanto en primer lugar el mencionado registro de video no tiene fecha ni hora para establecer de forma inequívoca que registró los acontecimientos del 01 de febrero de 2015, en segundo lugar tampoco da cuenta del momento en el que se celebró el contrato de transacción entre las partes, por lo que es insuficiente para derruirlo. Igualmente, la Resolución 3030 de 2017 pese a imponer una sanción a PRODUCTOS RAMO S.A., ésta posteriormente fue revocada mediante la Resolución 5891 de 2018, por demás que se impuso por el despido de trabajadores en situación de discapacidad, y no, por aquellos a quienes suscribieron el contrato transaccional.

Por tanto, se CONFIRMARÁ en este sentido la sentencia y se procederá a estudiar la pretensión subsidiaria.

DESPIDOS COLECTIVOS.

Solicita el demandante se declare que la sociedad demandada incurrió en un despido colectivo, no obstante, y como quedó visto a lo largo de la providencia, no se está frente a un despido, por el contrario, la relación laboral entre las partes finalizó como consecuencia de un **acuerdo de voluntades**

plasmado en un documento denominado plan de retiro voluntario, es decir, de mutuo acuerdo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL19463-2017, señaló:

“Así las cosas, al concluirse que la terminación de los contratos de trabajo de los demandantes, no ocurrió por un despido sin justa causa, sino por mutuo consentimiento con la empleadora, ello conlleva al no cumplimiento de uno de los requisitos previsto en los artículos 51^a y 52^a de la convención colectiva de trabajo.

En un caso similar se pronunció esta Corporación, en sentencia CSJ SL 11003-2017, en la cual asentó que:

Esta última premisa no se encuentra satisfecha en el caso en estudio, pues es un hecho sin discusión y objeto de expresa aceptación en el cargo, que la recurrente y la Cervecería Águila S.A., conciliaron ante el Ministerio del Trabajo el finiquito del vínculo laboral, que fue por «(...) mutuo consentimiento (...)», circunstancia que impide el reconocimiento pensional, tal como lo concluyó el juez de apelaciones.

Sobre el particular, la Sala en sentencia SL38435, 4 may. 2010, al analizar el mutuo consentimiento como incumplimiento de los requisitos convencionales para acceder a la pensión discutida, puntualizó:

*Así mismo, no se configura el derecho a la pensión de jubilación de carácter convencional consagrada en la cláusula 52^a (folio 568), que trae como requisito o exigencia para que el trabajador con más de 20 años de servicios pueda pensionarse con 50 años de edad, que haya sido **“despedido sin justa causa”, lo cual no se cumple en esta oportunidad, si se tiene en cuenta que como atrás suficientemente se explicó, el motivo de la ruptura del contrato de trabajo lo fue el mutuo acuerdo de las partes**”.*

Por las razones anteriores la sala comparte la decisión del A Quo frente a las pretensiones subsidiarias, por cuanto claramente no se está en presencia de un despido, sino de una decisión a la que las partes arribaron de mutuo acuerdo, lo que de suyo lleva a desestimar que además se está frente a un despido colectivo.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

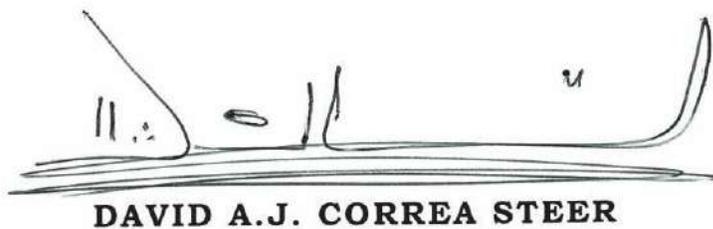
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



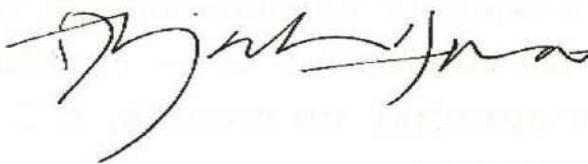
DAVID A.J. CORREA STEER

Demandante: **RODOLFO HIDALGO MARTÍNEZ.**

Demandado: **PRODUCTOS RAMO S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO