



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

moratoria, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, aportes al Sistema General de Seguridad Social, más la indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra extra* y *petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que prestó sus servicios personales del 1º de mayo de 2015 hasta el 31 de mayo de 2016, mediante la celebración de tres contratos de prestación de servicios, ocupando el cargo de Abogado, con una asignación salarial de \$2.200.000.

Que cumplió un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 5:00 p.m. en las instalaciones de la demandada; que cumplió funciones atinente a la producción de diversos documentos jurídicos; que de conformidad con los Estatutos de la demandada, las personas que prestan servicios ostentan el estatus administrativo laboral de trabajadores oficiales, a excepción del Gerente, subgerente, Jefes de Oficia, Tesorero y los Técnicos Auxiliares y Administrativos con funciones de almacenistas, quienes ostentan la calidad de empleados públicos.

Que en la actualidad el equipo jurídico fue contratado laboralmente; que el contrato ficto de trabajo feneció el 31 de mayo de 2016 por decisión unilateral de la accionada; finalmente, que la gestión jurídica es un servicio que hace parte de los procesos de apoyo a las actividades misionales de la entidad, y que se le adeudan las acreencias laborales reclamadas, respecto de las cuales agotó la reclamación administrativa el 22 de mayo de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. – CIAC S.A. operó la *litis contestatio* señalando que el accionante prestó servicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

personales por conducto de contratos de prestación de servicios, con vigencia entre el 4 de mayo de 2015 y el 26 de junio de 2015, del 17 de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015 y del 4 de enero de 2016 al 31 de mayo de 2016, fecha última en que se dio la terminación anticipada de conformidad con la cláusula novena del contrato.

De tal manera, que los contratos presentaron solución de continuidad y tenían objetos diferentes; que el accionante no percibió salarios sino honorarios, sin que haya sido subordinado en la prestación del servicio, lo cual no puede equipararse con la supervisión.

Formuló y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de octubre de 2021, declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre CARLOS FELIPE GARCÍA LONDOÑO y la CORPORACION DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA S.A, los cuales se mantuvieron vigentes entre el 4 de mayo de 2015 y el 26 de junio de 2015, el cual fue terminado de común acuerdo por las partes; y del 17 de julio de 2015 al 31 de mayo de 2016, el cual fue terminado sin justa causa, condenando a la demandada al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, compensación de vacaciones, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones en el porcentaje que le corresponde al empleador, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías e indemnización moratoria, absolviéndola de las restantes pretensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión indicó que, de conformidad con los medios de convicción recabados, se pudo establecer que el accionante prestó sus servicios personales de manera subordinada, sin que haya actuado en el marco de ejecución de los contratos de prestación de servicios con independencia y autonomía, máxime que sus funciones eran de carácter permanente e incluso se siguen desarrollando en la entidad demandada, motivo por el cual no se desvirtuó la presunción establecida en el Decreto 2127 de 1945.

De igual manera que se debe declarar la existencia de dos contratos de trabajo, en tanto se verificó solución de continuidad, acotando que el actor ostenta el estatus administrativo laboral de trabajador oficial, al constituirse la accionada como una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Accedió al pago de las prestaciones sociales y la compensación de vacaciones deprecadas, así como a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías y la indemnización moratoria, al estimar que la entidad demandada trató de ocultar los contratos de trabajo bajo la figura de prestación de servicios profesionales.

Consideró que el segundo contrato culminó el 31 de mayo de 2016 por decisión de la accionada, sin que se ajuste tal decisión a las causas estipuladas en el artículo 64 del C.S.T, motivo por el cual accedió a la indemnización.

Igualmente aclaró que frente a la solicitud respecto a la indemnización moratoria al no acreditarse el pago de seguridad social y parafiscales, la misma se encuentra reconocida en la condena impuesta en los términos del artículo 65 del C.S.T.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló en lo atinente a la indemnización moratoria especial por el no pago de aportes a seguridad social,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en tanto no corresponde con la indemnización moratoria a la que se accedió por el *a-quo*, en tanto es una institución jurídica distinta a pesar de encontrarse en el mismo artículo 65 del C.S.T.; en efecto, la primera hace referencia al no pago de prestaciones sociales y la segunda moratoria especial hace referencia al no pago de aportes a seguridad social y parafiscales.

La parte accionada por su parte sustentó la alzada, en que no se acreditaron los elementos del contrato de trabajo; ello en tanto no opera una prestación personal del servicio, toda vez que en todos los contratos de prestación de servicios se incluyó la cláusula de cesión del contrato de la que podía hacer uso; de igual manera, que el actor no devengó salario o prestaciones sociales, sino honorarios, tal como consta en el expediente, para cuyo pago se requería la presentación de informes de actividades con el visto bueno de la supervisora del contrato; asimismo que la actividad desarrollada no hacía parte del objeto misional de la entidad, cual es el mantenimiento aeronáutico y reparación de partes aeronáuticas; y que no se presentó una subordinación, sino únicamente la supervisión propia de la contratación celebrada entre las partes.

Frente a la indemnización por despido injusto, señaló que en tratándose de trabajadores oficiales la indemnización opera respecto del plazo presuntivo de seis (6) meses consagrados por el ordenamiento jurídico.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar en primer lugar si se desvirtuaron los elementos de los contratos de trabajo declarados en primera instancia; en caso negativo, analizar la procedencia de las pretensiones de indemnización moratoria e indemnización por despido injusto.

c. Elementos de los contratos de trabajo:

Aduce la parte recurrente que por activa no se acreditaron los elementos de los contratos de trabajo, ello en tanto no operó la prestación personal del servicio, ante la facultad otorgada de cesión; de igual manera, no se solucionó un salario sino honorarios profesionales y no medió subordinación, sino la supervisión propia de los contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, en el presente evento por activa se pretende la declaratoria de existencia de la vinculación laboral con la sociedad CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A., la cual se constituye como una Sociedad de Economía Mixta, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, motivo por el cual quienes presenten sus servicios personales, ostentan por regla general el estatus administrativo laboral de trabajadores oficiales.

Al efecto, conforme al inciso 2º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, *“las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados público”*, estableciendo el Acuerdo No. 06 de 2001, *“por el cual se adoptan los estatutos internos de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A.”*:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Artículo 32. Clasificación de los servidores. Para todos los efectos legales, las personas que presten sus servicios en la CIAC S.A., tendrán la calidad de trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, a excepción de los cargos de las siguientes actividades, las cuales deberán ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos:

“Gerente, subgerente, jefes de oficina, tesorero y técnicos auxiliares y administrativos con funciones de almacenistas”

Ahora bien, respecto de la aplicación del principio de primacía de la realidad, en tratándose de trabajadores oficiales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5090-2020, Radicación No. 78924 del 2 de diciembre de 2020, señaló:

“En torno a este punto, por elemental que parezca, la Sala considera preciso recordar que nuestro ordenamiento jurídico está cimentado en el reconocimiento y la protección del trabajo realizado por las personas subordinadas en beneficio de otras, independientemente de la fórmula o modalidad contractual que se utilice por las partes o de las maniobras tendientes a desconocer sus especiales garantías, como lo afirma la censura y no lo desconoció el Tribunal, en cumplimiento de normas como el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 3 del Decreto 2127 de 1945, entre otras.

“Sin embargo, en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los trabajadores particulares, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los trabajadores oficiales, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los empleados públicos, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.

“En todos los casos se trata de relaciones de trabajo subordinado, pero que tienen diferencias sustanciales de regulación y de juzgamiento, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, pues, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la jurisdicción ordinaria laboral, solo le es posible conocer de los conflictos derivados de un contrato de trabajo, es decir, de las relaciones propias de los trabajadores particulares y de los trabajadores



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

oficiales, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le es atribuido el conocimiento de los conflictos correspondientes a los empleados públicos”.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al plenario se aportaron los siguientes contratos de prestación de servicios:

(i) Contrato de prestación de servicios No. 151108005-A05 suscrito el 4 de mayo de 2015, en el cual se consigna una vigencia entre la expedición del registro presupuestal y el 31 de diciembre de 2015 (Fls. 24-26).

(ii) Contrato de prestación de servicios No. 151969042-A05 suscrito el 15 de julio de 2015, en el cual se consigna una vigencia entre la expedición del registro presupuestal y el 31 de diciembre de 2015 (Fls. 27-30).

(iii) Contrato de prestación de servicios No. 1601911152-A052 con vigencia entre la expedición del registro presupuestal y el 31 de diciembre de 2016 (Fls. 31-35).

De igual manera, en la contestación de la demanda, se refirió por activa que los contratos de prestación de servicios se ejecutaron: (i) entre el 4 de mayo y el 26 de junio de 2015; (ii) del 17 de julio al 31 de diciembre de 2015; (iii) y del 4 de enero de 2016 al 31 de mayo de 2016 (Fl. 104).

Ahora bien, a *contrario sensu* de lo alegado por activa, en el presente proceso se encuentra plenamente acreditada la prestación personal del servicio; ello en tanto obran los contratos de prestación de servicios personales que dan cuenta de ello, y en los cuales la cláusula octava en manera alguna autoriza la cesión autónoma de los mismos, pues se establece:

“OCATAVA: CESIONES Y SUBCONTRATOS. - El contratista no podrá ceder el presente contrato a persona alguna natural o jurídica, nacional o extranjera, sin previa autorización escrita de la CIAC S.A., pudiendo esta reservarse las razones para negar dicha autorización”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De tal manera que no resulta factible estimar como no acreditada la prestación personal del servicio con base en dicha cláusula contractual.

Adicionalmente el testigo GEORGE BRIAN TOVAR GARCÍA, manifestó que con el actor laboraron al servicio de la accionada en el área jurídica, realizando el accionante la proyección de contratos estatales y sus modificaciones, verificación de pólizas y actividades relacionadas con la Junta Directiva, siendo enfático en señalar que el actor no tenía a su alcance el delegar las actividades.

De otra parte, la testigo LICETH CAROLINA NAVARRO MALAGÓN, refirió haber laborado como gestora contractual para la accionada desde el 5 agosto 2014 hasta el 19 de mayo de 2017, refiriendo que laboró en el área jurídica de la entidad sin que refiera que se haya delegado la actividad contratada; de su parte la testigo LORENA INFANTE GARCÍA, refirió haber laborado desde el 2015 hasta el año 2018 en el área jurídica, estando vinculada al grupo asesor jurídico refiriendo que el actor se desempeñaba como asesor jurídico, cumpliendo funciones de proyección de documentos jurídicos, contratos, actos y notificaciones, así como en traducir algunos documentos para la Junta Directiva, acotando expresamente que no le era dable delegar las funciones.

Finalmente, la señora LUISA SABAS, refirió estar vinculada con la accionada desde diciembre de 2011 mediante contrato de prestación y desde el año 2017 mediante contrato de trabajo en calidad de trabajadora oficial; refirió que era la supervisora del contrato suscrito por el accionante, quien cumplía funciones de apoyo en el área jurídica, sin que haya aseverado que el accionante haya cedido el contrato.

En ese orden de ideas, se encuentra plenamente acreditada la prestación personal del servicio, debiéndose dar aplicación al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual consagra *“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

último destruir la presunción". Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4439-2021, Radicación No. 83670 del 20 de septiembre de 2021, señaló:

“Así se dice, porque al tenor de lo explicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 26539; CSJ SL3841-2015; CSJ SL4537-2019; CSJ SL825-2020 y CSJ SL4815-2020, en perspectiva del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de la irrenunciabilidad de los mínimos laborales del artículo 53 de la CP; así como de la presunción de subordinación que aparejan los artículos 1º de la Ley 6º de 1945 y 20 del Decreto 2127 de 1947:

“i) toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, por lo que al demandante le basta demostrar la ejecución de esta, para que se infiera que el mismo se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral y es el empleador el que debe acreditar «[...] que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente, y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para tener tal condición».

“ii) La declaración judicial del vínculo subordinado lleva involucrada la concerniente al legal que en verdad debió ostentar la persona al servicio de la entidad empleadora; vale decir, si es servidor del Estado, su condición de trabajador oficial o empleado público, lo cual determina la existencia de las garantías y derechos de los que ha debido ser beneficiario.

“Lo último, sin que importe, como se referenció en la sentencia CSJ SL3841-2015, relacionado con el artículo 122 de la CP, «[...] que los servicios prestados por quien fue vinculado por un aparente contrato de prestación de servicios u otro de naturaleza distinta, [...] no estén previstos como actividades propias de un cargo establecido en la planta de personal de la entidad», pues, [...] no es el trabajador quien debe asumir las consecuencias de la imprevisión o el ilegal manejo de las relaciones laborales, en contra de las leyes sociales, que se presenten en el interior de las entidades del Estado, dado que, se insiste, ante el hecho cierto del surgimiento de una relación de trabajo, nace para ese trabajador subordinado el derecho a beneficiarse del régimen laboral aplicable a la calidad que tenga de trabajador oficial o empleado público, por virtud del principio señalado y el de la igualdad que rige nuestro ordenamiento constitucional y legal.

“Lo anterior, teniendo cuenta que no enerva la declaración del contrato de trabajo, la verificación formal de una atadura diferente de la subordinada, la falta de reclamación del trabajador durante la ejecución del vínculo o su capacidad para obligarse contractualmente, pues, en relación con los principios que se comentan, es obligación de los jueces del trabajo y de seguridad social, dejar de lado las formas convenidas por las partes de una



relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado.

Carga probatoria que no cumplió la parte accionada, ello en cuanto los deponentes GEORGE BRIAN TOVAR GARCÍA, LICETH CAROLINA NAVARRO MALAGÓN y LORENA INFANTE GARCÍA, relataron que el accionante debía cumplir horario de trabajo, cumpliendo las órdenes emitidas por la abogada LUSIA SABAS, requería además de permiso para ausentarse de su lugar de trabajo, lo cual dista de la supervisión propia de los contratos de prestación de servicios.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

De tal manera, que la actividad desplegada por la sociedad accionada, no se encaminó únicamente a supervisar una prestación autónoma e independiente del servicio, sino a subordinar una prestación personal del servicio, al imponer horario de trabajo, así como el cumplimiento de órdenes. Subordinación que en manera alguna desaparece por considerarse que la sociedad no tiene por objeto social el explotar actividades jurídicas.

Finalmente, debe acotarse que los montos devengados constituyen salario pese a que se hayan denominado honorarios en los citados contratos de prestación de servicios.

Por lo anteriormente expuesto, se debe confirmar la decisión de primer grado en cuanto declaró la existencia de los contratos de trabajo. Lo anterior no obsta para reseñar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha adoctrinado que cuando se pretende la declaratoria de un único contrato de trabajo, y se acredita la existencia de varios de tal naturaleza, se deben analizar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las pretensiones con respecto al último. Así en sentencia SL866-2020, Radicación No. 66300 del 10 de marzo de 2020, señaló:

“En efecto, sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que, cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.

Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:

[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes”.

Pese a lo anterior, la parte accionada no enrostró su inconformidad sobre la decisión del *a-quo* de considerar la existencia de dos relaciones de trabajo, por cuanto únicamente sustentó la alzada en la inexistencia de la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, motivo por el cual se mantendrá incólume la sentencia de primera instancia en este puntual aspecto.

d. Indemnización por despido injusto:

El *a-quo* emitió condena respecto del segundo contrato, en tanto se acreditó el hecho del despido acaecido el 31 de mayo de 2016, sin que la terminación anticipada se constituya en justa causa, calculando la indemnización en \$2.200.000, por ser el último salario devengado.

Frente a lo anterior aduce el recurrente se debe tener en cuenta el plazo presuntivo, al ostentar el actor el estatus administrativo laboral de trabajador oficial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4701-2020, Radicación No. 78520 del 29 de septiembre de 2020, señaló:

“En efecto, como lo ha dicho la Sala con antelación (CSJ SL4626-2019), dado que se trata de una presunción respecto de la vinculación laboral de los trabajadores oficiales, la Corte ha tenido en cuenta como hito para definir la contabilización del término presuntivo, precisamente el momento a partir del cual el servidor ostenta dicha calidad. Así se expresó en sentencias CSJ SL, 29 junio 2011, radicación 36964 y CSJ SL, 18 noviembre 2009, radicación 34343:

“En esencia, lo que le cuestiona el censor al Tribunal es no tomar, para computar el plazo presuntivo establecido en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, el 3 de noviembre de 1995 -fecha de expedición de los nuevos estatutos de personal, momento a partir del cual se configuró un contrato de trabajo, ficto o presunto, en un cargo que el demandante ejerció como trabajador oficial, sin solución de continuidad-, y acoger, en cambio, el 15 de enero de 1996, en que las partes suscriben un contrato de trabajo por escrito (fls. 40 a 44), que, a su juicio, no modifica la relación contractual existente entre los contendientes judiciales, y apenas agrega una cláusula de reserva que no es ejercida.

“[...]

“Por otra parte, en el contrato que suscribieron las partes no hay ningún elemento de juicio que permita inferir que variaron ellas la fecha de iniciación de la relación laboral o que acordaron que el término presuntivo de duración se contaría desde el momento en que se firmó el documento, pues, en lo atinente a su vigencia y duración, solamente se asentó que el contrato se pactaba a término indefinido de acuerdo con los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945; pero esa condición ya la tenía desde sus inicios por razón de que así debía presumirse de conformidad con la ley. Por lo tanto, debe entenderse que con la firma del contrato simplemente se formalizó la existencia de la relación de trabajo regida por un vínculo contractual, pero no se introdujo ninguna modificación a la naturaleza del contrato, ni, mucho menos, a la fecha de iniciación del vínculo jurídico.

Ahora bien, el contrato de trabajo tuvo vigencia entre el 17 de julio de 2015 y el 31 de mayo de 2016, por lo cual la indemnización se calcula de la siguiente manera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Fecha de inicio	Plazo presuntivo inicial	Plazo presuntivo prórroga	Plazo presuntivo finalización	Días de indemnización (31/05/16 al 16/07/16)	Total
17 de julio de 2015	16 de enero de 2016	17 enero de 2016	16 de julio de 2016	46 días	\$3.373.333

En ese orden de ideas, la indemnización asciende a una suma superior a la establecida por el *a-quo* en la suma de \$2.200.000, motivo por el cual al haber sido apelado este aspecto por la accionada, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* se mantendrá incólume la decisión.

e. Indemnización moratoria:

Aduce el recurrente que el artículo 65 del C.S.T consagra dos indemnizaciones moratorias, causadas por la omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales y otra por el impago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Sobre la particular basta con señalar el *a-quo* aplicó de manera indebida el artículo 65 del C.S.T., en tanto tal normativa no regula las relaciones labores de los trabajadores oficiales, sin que sea dable modificar la condena en tanto no fue objeto de la alzada sino la imposición de una segunda indemnización moratoria en virtud de la referida normativa, la cual, se reitera, no resulta aplicable al *sub-examine*.

Así las cosas, la decisión de primer grado se confirmará. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021, de conformidad con las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 05 2020 00400 01
Demandante: ARELIX VALDIVIESO SANCHEZ
Demandado: CONVIDA EPS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

La señora ARELIX VALDIVIESO SÁNCHEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la EPS CONVIDA, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la encartada por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2015 y el 12 de enero de 2018, el cual finalizó por la expiración del plazo pactado.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de la prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, caja de compensación, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, aportes al Sistema



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Integral de Seguridad Social, retenciones practicadas de manera indebida y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios de manera personal e ininterrumpida para CONVIDA EPS desde el 1º de septiembre de 2015 hasta el 12 de enero de 2018 a través de sucesivos contratos de prestación de servicios de la siguiente manera:

(i) Contrato No. 120.11.02.676 de 2015 con fecha de inicio el 1º de septiembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2015; (ii) Contrato No. 120.11.02.805 de 2015 con fecha de inicio el 1º de diciembre de 2015 hasta el 15 de enero de 2016; (iii) Contrato No. 120.11.02.313 de 2016 con fecha de inicio el 18 de enero de 2016 y de terminación el 17 de febrero de 2016; (iv) Contrato No. 120.11.02.639 de 2016 con fecha de inicio el 26 de febrero de 2016 y de terminación 31 de agosto de 2016; (v) Contrato No. 120.11.02.1175 de 2016 con fecha de inicio 16 de septiembre de 2016 y terminación el 31 de diciembre de 2016; (vi) Contrato No. 120.11.02.230 de 2017 y prórroga con fecha de inicio el 3 de enero de 2017 y terminación el 31 de agosto de 2017; por último (vii) Contrato No. 120.11.02.878 de 2017 y prórroga con fecha de inicio el 4 de septiembre de 2017 y terminación el 12 de enero de 2018.

Que los objetos de los contratos reseñados estuvieron orientados al desarrollo de funciones de apoyo como técnico en actividades relacionadas con el seguimiento a grupos de riesgo; que si bien los objetos de los contratos variaban en la descripción, en la realidad siempre fueron los mismos, sumado a que estuvo desarrollando funciones predeterminadas por la empresa que podían ser ejecutadas por personal con contrato de trabajo, máxime que se encontraba subordinada a la demandada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Seguidamente, expuso que a pesar de ser trabajadora dependiente de la demandada nunca fue afiliada al Sistema Integral de Seguridad Social, adicional a que no se pagó prima de servicios, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de vacaciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

CONVIDA EPS presentó oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que carecen de fundamento fáctico y jurídico, en el entendido que no existió relación laboral sino la suscripción de contratos de prestación de servicios, sin que hubiese actuación de mala fe por pasiva.

Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la relación laboral, ausencia de subordinación, cobro de lo no debido, prescripción de los derechos laborales y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021 declaró que entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo entre el 1º de septiembre de 2015 y el 12 de enero de 2018.

Por consiguiente, condenó a CONVIDA EPS a pagar \$2'945.122 por concepto de auxilio de cesantías, \$1'123.941 por prima de servicios legal, \$2'945.122 por prima legal de navidad, \$1'171.056 por compensación de vacaciones legales y por el mismo valor las prima de vacaciones legal, \$32.987 diarios a partir del 13 de abril de 2018 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales por indemnización moratoria y finalmente sufragar a la entidad de seguridad social de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante el valor del cálculo actuarial por aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por el periodo comprendido entre el 1º de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

septiembre de 2015 y el 12 de enero de 2018, teniendo en cuenta los siguientes salarios base de cotización: \$1'222.980 para 2015, \$1'311.236 para 2016, \$1'004.791 para 2017 y \$980.625 para 2018.

Asimismo, declaró parcialmente probadas las excepciones de inexistencia de la obligación respecto de las pretensiones no reconocidas y condenó en costas a la EPS CONVIDA en un total de \$5'000.000.

Para arribar a tal conclusión, el *a-quo* primeramente señaló que según el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, aquellas personas que estén vinculadas con una Empresa Industrial y Comercial del Estado serán trabajadores oficiales; asimismo, que las normas aplicables para este tipo de vinculaciones es la Ley 6 de 1945 en su artículo 1° y el Decreto 2127 de 1945, que establecen la definición y los requisitos del contrato de trabajo respectivamente, así como que también opera la presunción del contrato de trabajo en el sector público.

Que una vez revisado el caudal probatorio acreditado en el plenario, la parte demandada solamente se apoya en las formalidades efectuadas con la señora VALDIVIESO SÁNCHEZ, las cuales no dan cuenta de la realidad de las labores que se realizaban en favor de la EPS, en el mismo sentido enuncia que siguiendo los parámetros de la sana crítica no es de recibo que se contrate una auxiliar para pregonar su independencia y autonomía con el fin de desarrollar una actividad propia y misional de la EPS, como lo es la promoción y prevención de la enfermedad.

Adujo que los servicios fueron prestados de manera ininterrumpida, pues el interrogatorio practicado a la demandante y el testimonio de la señora SANDRA BUSTOS, fueron contestes en indicar que la actora nunca dejó de prestarlos de manera personal, señalando que la testigo goza de credibilidad al ser su declaración espontánea y ser compañera de trabajo de la actora en CONVIDA EPS.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que cumplía un horario de trabajo determinado, se le brindaron las herramientas y los espacios específicos para prestar el servicio, configurándose así el elemento subordinante; además que no se evidenciaba que la demandante tuviese una independencia técnica y científica para las funciones que desempeñaba, consistentes en hacer llamadas a los pacientes con la finalidad de agendar las citas que necesitaban para sus tratamientos, así como que no realizaba una actividad específica al estar destinada a tareas de promoción y prevención de enfermedades, aspectos todos que conllevaron a que la encartada no desvirtuara la presunción de existencia del contrato de trabajo y no desplegara ningún material probatorio para demostrar la independencia y autonomía en el servicio prestado por parte de la demandante.

Así las cosas, declaró la existencia del contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2015 y el 12 de enero de 2018.

Seguidamente, el fallador de instancia determinó que los salarios realmente devengados por la demandante durante la relación laboral, ascendían a la suma de \$1'222.980 para 2015, \$1'311.236 para 2016, \$1'004.791 para 2017 y \$980.625 para 2018.

Ahora bien, frente a las cesantías reclamadas declaró que no existe prescripción, en el entendido que según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala, se ha establecido que tal derecho es exigible desde la finalización de la relación laboral, entonces al encontrar que el finiquito fue el 12 de enero de 2018, la reclamación administrativa fue interpuesta en octubre de 2019 y la demanda en julio de 2020, no operó el término prescriptivo trienal de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., mismo análisis prescriptivo que desarrolló sobre las demás pretensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Señaló que la prima de servicios, al tratarse de una trabajadora del sector territorial según el Decreto 2351 de 2014, modificado por el Decreto 2278 de 2018, el mismo remite al artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, que contempla el derecho a la prima de servicios de manera anual equivalente a quince (15) días de salario pagaderas en el mes de julio.

En lo que atañe a las vacaciones, dispuso su aplicación según lo regula el artículo 8º del Decreto 1045 de 1978, al igual que la compensación de la prima de vacaciones, de conformidad con el artículo 25 de esa disposición normativa. De igual manera, condenó al pago de la prima de navidad toda vez que así lo dispone el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978.

Absolvió al concepto de los intereses sobre las cesantías, pues adujo que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicho concepto no está consagrado para trabajadores oficiales. En cuanto al subsidio familiar, adujo que no existía prueba por la demandante que tuviese personas a cargo para que esta prestación gozara de prosperidad.

Frente a la devolución por las retenciones, expuso que no opera ya que el destino de dichos dineros se enmarca dentro de la legislación tributaria.

En lo atinente a la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 junto con la regulada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, con ocasión de la primera sanción refirió que no es aplicable a trabajadores y, en cuanto a la segunda, adujo gozar de vocación de prosperidad, toda vez que brilla por su ausencia la buena fe de la encartada en el hecho que se escudó en no tener funcionarios para desarrollar una actividad misional de la EPS, actividad que por demás es propia de su objeto social; circunstancia por la cual, determinó que los 90 días para su imposición se aplicaban luego del finiquito laboral en días calendario o comunes, lo que conllevó a que impusiera la sanción a partir del 13 de abril de 2018, y en atención a que el último salario devengado por la demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ascendió a la suma de \$989.625, determinó que su salario diario era de \$32.988, monto del cual debería pagar diariamente hasta la fecha en que se efectivizara el correspondiente pago.

Por último, argumentó que teniendo en cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde al empleador descontar del salario de sus trabajadores las cotizaciones y destinarlas de manera efectiva para su pago, por lo que condenó a la demandada el pago de este concepto previo cálculo actuarial de la administradora pensional donde la demandante se encuentre afiliada, sobre todo el interregno de la relación laboral declarada y teniendo en cuenta los salarios determinados para los correspondientes años.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada inconforme con la decisión la apeló, indicando que con relación a la excepción de prescripción formulada con la contestación de la demanda, la misma opera con relación a las cesantías, por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, son exigibles cada año, de tal suerte que para aquellas causadas entre el 1º de septiembre de 2015 y el 31 de diciembre de esa anualidad, su exigibilidad se hace a partir del día 15 de febrero de 2016, periodo que se haría exigible por tres años, esto es, hasta el 15 de febrero de 2019, lo que ocurrió antes de la reclamación administrativa presentada por la demandante, como quiera que dicha reclamación se presentó en el mes de octubre de 2019, por lo que dicho lapso se encontraría prescrito.

Que igualmente, gozaría de prescripción la prima de servicios, al igual que las vacaciones y la compensación por prima de vacaciones, de allí que se solicite la modificación de la sentencia en tal sentido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que, si bien se hizo referencia en la sentencia de primera instancia lo reglado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, la formación académica de la contratista demandante permitió que adelantara algunas labores específicas de carácter misional de la entidad, motivo por el cual se alegó la ausencia de subordinación para la absolución en cuanto a la declaratoria de la relación laboral determinada por el *a-quo*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del asunto que ocupa a la Sala, en primer lugar, deberá auscultarse si entre la demandante ARELIX VALDIVIESO SANCHEZ y CONVIDA EPS existió un contrato de trabajo.

De prosperar el problema jurídico principal, la Sala deberá determinar si las condenas por concepto de cesantías, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones gozan del fenómeno prescriptivo en atención de la excepción formulada por el extremo accionado, toda vez que fue el único aspecto argumentativo con relación a la totalidad de condenas impuestas por el *a-quo*.

c. Elementos del contrato de trabajo:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Primeramente, es menester precisar que el ordenamiento jurídico diferencia a los servidores públicos entre empleados públicos y trabajadores oficiales, de acuerdo al Decreto 3135 de 1968, artículo 5º que precisa:

“Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

“Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”

Por ello, vale la pena en principio indicar que de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto No. 0262 del 16 de septiembre de 2016, la EPS CONVIDA es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del sector descentralizado por servicios del Orden Departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, vinculada a la Secretaría de Salud.

En la misma línea y siguiendo como referencia el Decreto citado, expedido por el Departamento de Cundinamarca, en su artículo 26 regula lo atinente a la estructura orgánica de CONVIDA EPS y dicta otras disposiciones, dentro de ella la calidad de sus empleados de la siguiente manera:

“...para todos los efectos legales las personas que presten sus servicios a la Empresa Promotora de Salud “EPS’s CONVIDA”, tendrán el carácter de trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, a excepción de los cargos de dirección, y los que correspondan a funciones de asesoría, orientación institucional, y las actividades de confianza y manejo, los cuales deberán ser desempeñados por personas con calidad de empleados públicos. Los estatutos de la empresa precisarán que actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, respecto de la aplicación del principio de primacía de la realidad, en tratándose de trabajadores oficiales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5090-2020, Radicación No. 78924 del 2 de diciembre de 2020, señaló:

“En torno a este punto, por elemental que parezca, la Sala considera preciso recordar que nuestro ordenamiento jurídico está cimentado en el reconocimiento y la protección del trabajo realizado por las personas subordinadas en beneficio de otras, independientemente de la fórmula o modalidad contractual que se utilice por las partes o de las maniobras tendientes a desconocer sus especiales garantías, como lo afirma la censura y no lo desconoció el Tribunal, en cumplimiento de normas como el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 3 del Decreto 2127 de 1945, entre otras.

“Sin embargo, en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los trabajadores particulares, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los trabajadores oficiales, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los empleados públicos, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.

“En todos los casos se trata de relaciones de trabajo subordinado, pero que tienen diferencias sustanciales de regulación y de juzgamiento, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, pues, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la jurisdicción ordinaria laboral, solo le es posible conocer de los conflictos derivados de un contrato de trabajo, es decir, de las relaciones propias de los trabajadores particulares y de los trabajadores oficiales, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le es atribuido el conocimiento de los conflictos correspondientes a los empleados públicos”.

Por lo anterior, destaca la Sala que como se pregonó en el transcurrir del trámite procesal, la demandante en todo momento argumenta que desempeñó la actividad de Apoyo Técnico en Actividades relacionadas con el Seguimiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a Grupos de Riesgo, actuar que atendiendo las propias directrices de la organización de la entidad, podría entrarse a que se le catalogara como trabajadora oficial atendiendo las reglas legales y doctrinales que rigen la materia, máxime si se tiene en cuenta que las únicas labores que podrían catalogarse como las de empleados públicos son de dirección, funciones de asesoría, orientación institucional y, confianza y manejo.

Además, es pertinente reconocer que lo tendiente a la promoción y prevención de la enfermedad hacen parte de las actividades inherentes de las EPS, puesto que el artículo 179 de la ley 100 de 1993 establece el campo de acción de las Entidades Promotoras de Salud:

“Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos.”

Por ende, para cumplir con su finalidad de garantizar el Plan Obligatorio de Salud, una de las actividades propias de las EPS son las orientadas a la promoción de la salud y prevención de las enfermedades.

Aunado a lo anterior, se evidencia en el Decreto 0262 de 2016 expedido por el Departamento de Cundinamarca, en su artículo 4, determina que la misión de la entidad es ser una EPS de carácter subsidiado que administra recursos de salud para garantizar la atención integral a la población afiliada, puntualizando en una de sus funciones en su articulado 6.3. la organización y garantía del Plan Obligatorio de Salud, y en el artículo 20.1 se fija como una modalidad de la prestación del servicio de salud el de promoción y prevención de la Enfermedad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, como pruebas documentales se aportaron certificaciones de servicios desde el 1º de septiembre de 2015 hasta el 12 de enero de 2018 (Fl. 143 al 149), el Contrato No. 120.11.02.676 de 2015 con fecha de inicio el 1º de septiembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2015 (Fl. 166 al 169), Contrato 120.11.02.805 de 2015 con fecha de inicio el 1º de diciembre de 2015 hasta el 15 de enero de 2016 (Fl. 171 al 174), Contrato No. 120.11.02.313 de 2016 con fecha de inicio el 18 de enero de 2016 y de terminación el 17 de febrero de 2016 (Fl. 175 al 178), Contrato No. 120.11.02.639 de 2016 con fecha de inicio el 26 de febrero de 2016 y de terminación 31 de agosto de 2016 (Fl. 181 al 184), Contrato No. 120.11.02.1175 de 2016 con fecha de inicio 16 de septiembre de 2016 y terminación el 31 de diciembre de 2016 (Fl. 186 al 191), Contrato No. 120.11.02.230 de 2017 y prórroga con fecha de inicio el 3 de enero de 2017 y terminación el 31 de agosto de 2017 (Fl. 193 al 199) y por último el Contrato No. 120.11.02.878 de 2017 y prórroga con fecha de inicio el 4 de septiembre de 2017 y terminación el 12 de enero de 2018 (Fl. 200 al 206).

Se recepcionó además el testimonio de la señora SANDRA PAOLA BUSTOS MAHECHA, quien asevera que conoció a la demandante cuando trabajaban en CONVIDA EPS; relató que ella entró a trabajar en el año 2012 y se retiró en el 2018; sostiene que la demandante trabajó siempre en el área de Promoción y Prevención, primero respecto de la patología denominada cáncer, luego con el Plan Canguro y por último ayudando a maternas con morbilidades. Manifiesta que contaba con un computador y celular para desempeñar sus labores y que siempre permaneció en las instalaciones de la entidad de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

En el mismo sentido expresó que la accionante se debía reportar a sus superiores cuando estaba en las dependencias de Cáncer y Plan Canguro respectivamente, que no sabe si ella debía solicitar permisos para ausentarse, sin embargo, que nunca supo de una ausencia suya. Igualmente indicó que, si bien vio a la accionante en todo momento en las instalaciones de la empresa,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en algunas ocasiones le ordenaron apoyar a las personas de demanda inducida, sin recordar cuantas veces fue y las fechas exactas.

Teniendo en cuenta las normas citadas y las pruebas desglosadas, hay que decir que si bien en los contratos sucesivos suscritos entre septiembre de 2015 y en enero de 2018 se denominan como *“apoyo como técnico en las actividades relacionadas como el seguimiento a los grupos de riesgo en el área de promoción de la salud y prevención de la enfermedad desde la gestión de procesos de la gerencia técnica”*, variando a especificidades como *“apoyo al programa de cáncer que hace parte de promoción de la salud”*, *“apoyo de gestión al área de promoción y prevención en los componentes de salud infantil”* y *“apoyo a la gestión en el grupo de riesgo materno infantil”*, lo cierto es que del testimonio de la señora SANDRA BUSTOS, se logra dilucidar que la accionante se desempeñaba en actividades que tuviesen que ver con promoción y prevención de las enfermedades de manera general, luego en cáncer, en salud infantil y en maternas de riesgo, tales como realizar llamadas, agendar citas de tratamiento, hacer seguimiento a los pacientes, practicar mamografías y demanda inducida a los pacientes que lo requerían en las instalaciones de la entidad, y de vez en cuando en otros municipios, siempre cumpliendo con el horario impuesto por la EPS CONVIDA de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Tales aspectos, advierten a su vez que la demandante logró acreditar sin dubitación la prestación personal del servicio para con la demandada, debiéndose dar aplicación al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual consagra *“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”*. Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4439-2021, Radicación No. 83670 del 20 de septiembre de 2021, señaló:

“Así se dice, porque al tenor de lo explicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 26539; CSJ SL3841-2015; CSJ SL4537-2019; CSJ



SL825-2020 y CSJ SL4815-2020, en perspectiva del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de la irrenunciabilidad de los mínimos laborales del artículo 53 de la CP; así como de la presunción de subordinación que aparejan los artículos 1º de la Ley 6º de 1945 y 20 del Decreto 2127 de 1947:

“i) toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, por lo que al demandante le basta demostrar la ejecución de esta, para que se infiera que el mismo se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral y es el empleador el que debe acreditar «[...] que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente, y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para tener tal condición».

“ii) La declaración judicial del vínculo subordinado lleva involucrada la concerniente al legal que en verdad debió ostentar la persona al servicio de la entidad empleadora; vale decir, si es servidor del Estado, su condición de trabajador oficial o empleado público, lo cual determina la existencia de las garantías y derechos de los que ha debido ser beneficiario.

“Lo último, sin que importe, como se referenció en la sentencia CSJ SL3841-2015, relacionado con el artículo 122 de la CP, «[...] que los servicios prestados por quien fue vinculado por un aparente contrato de prestación de servicios u otro de naturaleza distinta, [...] no estén previstos como actividades propias de un cargo establecido en la planta de personal de la entidad», pues, [...] no es el trabajador quien debe asumir las consecuencias de la imprevisión o el ilegal manejo de las relaciones laborales, en contra de las leyes sociales, que se presenten en el interior de las entidades del Estado, dado que, se insiste, ante el hecho cierto del surgimiento de una relación de trabajo, nace para ese trabajador subordinado el derecho a beneficiarse del régimen laboral aplicable a la calidad que tenga de trabajador oficial o empleado público, por virtud del principio señalado y el de la igualdad que rige nuestro ordenamiento constitucional y legal.

“Lo anterior, teniendo cuenta que no enerva la declaración del contrato de trabajo, la verificación formal de una atadura diferente de la subordinada, la falta de reclamación del trabajador durante la ejecución del vínculo o su capacidad para obligarse contractualmente, pues, en relación con los principios que se comentan, es obligación de los jueces del trabajo y de seguridad social, dejar de lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Carga probatoria que no logró desvirtuar el extremo accionado, en tanto, de las pruebas ya mencionadas y analizadas en conjunto, se puede concluir que se le proporcionaron unas herramientas de trabajo, recibía llamados de atención, no podía delegar sus funciones ni retirarse según su propia consideración, las actividades las realizaba siempre en las instalaciones de la entidad y desarrollaba aspectos misionales de la misma, a tal punto que siempre se le instruía a través de los jefes de la entidad, situaciones que dan cuenta del elemento subordinante que conduce a su vez a la configuración de una verdadera relación de trabajo.

Con todo, no es de recibo de la Sala el argumento del apelante al manifestar que las funciones que realizaba la actora destinadas a la promoción y prevención daban lugar a una ausencia de subordinación, puesto que más allá de la formación académica de la demandante, la prestación personal del servicio cuenta con sustento probatorio y no se desvirtuó por la demandada la presunción consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, pues se reitera, como pruebas de esta parte se tienen los contratos de prestación de servicios de los periodos entre el 1º de septiembre de 2015 y enero de 2018, con sus respectivas certificaciones, informes y cuentas de cobro, así como que se practicó el interrogatorio de parte de la demandante sin obtener confesión alguna de ostentar independencia y autonomía en la ejecución de los contratos, por lo que las referidas pruebas no cumplen el objetivo de derruir la presunción legal reseñada; por el contrario, lo que conllevan es a la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo pretendido por la demandante.

Por todo lo anterior, se concluye que de acuerdo al principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 constitucional y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, le asiste razón al juez de instancia al declarar la relación laboral desde los periodos comprendidos entre el 1º de septiembre de 2015 y el 12 de enero de 2018, al no probarse una prestación del servicio independiente y autónoma por parte de la demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hacia CONVIDA EPS, por lo que la decisión de primer grado se confirmará sobre este aspecto.

d. De la excepción de prescripción con ocasión de las condenas impuestas por el fallador de instancia respecto de cesantías, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones.

En este punto, la Sala advierte que no fue objeto de reproche las condenas impuestas sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones, sino que únicamente el punto de apelación giró en torno al análisis de la prescripción frente a estos pagos, siendo tal aspecto sobre el que recae la competencia en esta instancia.

Se deja de presente igualmente, que no fue objeto de reparo los extremos declarados como relación laboral, los cuales se comprendieron entre el 1º de septiembre de 2015 y el 12 de enero de 2018, como tampoco el hecho que los salarios de la demandante determinados por el *a-quo* para los correspondientes años ascendieron a las siguientes sumas:

- _ Año 2015 en la suma de \$1.222.980.
- _ Año 2016 en la suma de \$1.311.236.
- _ Año 2017 en la suma de \$1.004.791.
- _ Año 2018 en la suma de \$980.625.

Del auxilio de cesantías:

Por pasiva se argumenta la alzada en el entendido que las condenas sobre este concepto se encuentra afectadas por el fenómeno prescriptivo, bajo la premisa que no goza de vocación de prosperidad, pues debe tenerse en cuenta que la finalización de la relación laboral sucedió el 12 de enero de 2018, elevándose la reclamación administrativa el 2 de octubre de 2019, y presentándose la demanda el 10 de julio de 2020, motivo por el cual, de conformidad con lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el 151 del C.P.T. y de la S.S., no operó el término trienal de prescripción.

En este tópico, se recalca que, de conformidad con los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el auxilio de cesantías es exigible una vez finalice la relación laboral, como así lo ha reiterado en distintas decisiones, siendo unas de ellas las SL41522-2012, SL8936-2015, SL2967-2018, SL3345-2021 y más recientemente en la SL697-2021, Radicación No. 74527 del 17 de febrero de 2021, en la que señaló:

“Con todo, aun pasando por alto la impropiedad en la que incurrió la censura, cabe resaltar que esta Sala ha venido sosteniendo que en tratándose del derecho a las cesantías, estas solo se hacen exigibles a la culminación del contrato de trabajo, por lo tanto, es a partir de esa data, que debe contarse el término prescriptivo, en cuyo caso las reclamadas por el promotor del litigio, no se encuentran afectadas por ese fenómeno por no haber transcurrido el periodo trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS desde el finiquito contractual – 13 de abril de 2007- y la calenda en que se instauró la demanda 28 de mayo de 2007 (f.15).

“Al respecto, cabe rememorar lo dicho en la sentencia CSJ SL2885-2019, en la que se sostuvo: «La Sala ha adoctrinado de manera reiterada y pacífica que la cesantía es una prestación social exigible a la terminación del contrato de trabajo (CSJ SL 34393, CSJ SL 41522, 14 ag. 2012, CSJ SL8936-2015 y CSJ SL2967-2018), cuya prescripción se configura desde ese momento conforme lo disponen los artículos 488 del Estatuto Laboral y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social».

Así las cosas, el auxilio de cesantías se hizo exigible desde el 12 de enero de 2018, frente a lo cual se elevó la reclamación administrativa el 2 de octubre de 2019 y se presentó la demanda el 10 de julio de 2020, motivo por el cual no operó el fenómeno prescriptivo.

De la prima de servicios de carácter legal:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Esta Sala ha mantenido postura de la improcedencia de la prima de servicios para los trabajadores oficiales de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, ello de conformidad con lo regulado en la sentencia SL545-2018, Radicación No. 56863 del 6 de marzo de 2018, en la que se sostuvo:

“La prima de servicios legal con base en el Decreto 1042 de 1978, no es aplicable a los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales, toda vez que el citado decreto rige para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos, superintendencias y unidades administrativas especiales del orden nacional.”

A pesar de lo anterior y como ya se explicó, tal condena no fue objeto de reproche por el extremo accionado, quien únicamente refirió inconformidad frente a la prescripción, por lo que atendiendo que la relación laboral finalizó el 12 de enero de 2018, elevándose la reclamación administrativa el **2 de octubre de 2019**, y presentándose la demanda el 10 de julio de 2020, claro es que en virtud dicha interrupción sucedió el ya enunciado 2 de octubre de 2019, de allí que atendiendo el término trienal de prescripción, opera esta figura con anterioridad al 1º de octubre de 2016.

Así las cosas, atendiendo que la condena impuesta por el operador de instanciase verificó con base en lo establecido en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 que dispone *“Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año”*, dicho decreto regula a su vez en el artículo 60 la forma de calcular el pago: *“Cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad tendrá derecho al pago proporcional de la prima, en razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre”*.

En vista de la norma en comentario, se deja de presente que no hay lugar al pago de la prima del año 2015 por encontrarse prescrita, misma situación frente a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la del año 2016, ello en tanto se hicieron exigibles antes del 1º de octubre de 2016.

Si se causó la del año 2017, la cual debía pagarse así:

AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	DÍAS LABORADOS	TOTAL
2017	\$ 1.004.791	1/07/2016	30/06/2017	360	\$ 502.396

Con relación a la del año 2018, se tiene que no le asiste derecho, en tanto no laboró al menos un semestre como se consagra en la normativa reseñada.

Así las cosas, se modificará la condena por esta prestación social.

De la compensación en dinero de las vacaciones:

Frente a este tópico, sea lo primero advertir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose del término prescriptivo para las acreencias de vacaciones, el mismo obedece a un interregno de cuatro años como así se ha expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL5562-2021, Radicación No. 81187 del 7 de diciembre de 2021 y SL382-2021, Radicación No. 8178 del 24 de agosto de 2021, última que sostuvo:

“Debe tenerse presente que el término trienal para contabilizar las vacaciones inicia una vez finaliza el periodo de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador» (CSJ SL467-2019). En ese sentido, en este caso concreto el término de prescripción se amplía un año(..)”

Por tal razón, claro resulta para la Sala que el análisis de la prescripción deba abordarse sobre un interregno de 4 años. En tal sentido, y en virtud a que la interrupción de la prescripción sucedió el 2 de octubre de 2019, el término prescriptivo opera para este emolumento desde el 1º de octubre de 2015 y hacia atrás, por lo que al haber iniciado la relación laboral el 1º de septiembre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 2015, realizadas las operaciones correspondientes se tiene el siguiente valor:

VACACIONES					
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	DÍAS LABORADOS	TOTAL
2015	\$ 1.222.980	2/10/2015	31/12/2015	89	\$ 151.174
2016	\$ 1.311.236	1/01/2016	31/12/2016	360	\$ 655.618
2017	\$ 1.004.791	1/01/2017	31/12/2017	360	\$ 502.396
2018	\$ 980.625	1/01/2018	12/01/2018	12	\$ 16.344
TOTAL A PAGAR					\$ 1.325.532

Entonces, al haber sido tasada en primera instancia una suma inferior a la aquí calculada, la cual asciende a \$1'171.056, no hay lugar a modificación de lo perseguido en virtud de la *no reformatio in pejus*, máxime que el extremo accionante no refutó este asunto, por lo que este aspecto se mantendrá incólume.

De la prima de vacaciones:

Esta prima legal de vacaciones tampoco opera para los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1045 de 1978, tal prerrogativa se aplica para los trabajadores oficiales del orden nacional como lo es la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas.

A pesar de lo anterior, se insiste que dicho precepto no fue refutado en cuanto a su pago por la parte demandada, por lo que se procede a verificar la excepción de prescripción, dejándose de presente que según lo regula el artículo 25 del Decreto 1045 de 1978, *“La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio”*.

Bajo este escenario, se precisa que, en atención a la excepción de prescripción, al haberse interrumpido la misma el 2 de octubre de 2019, existe prescripción de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esta pretensión a partir del 1º de octubre de 2016 y hacia atrás, por lo que, realizadas las operaciones respectivas, arroja para pago la siguiente suma:

PRIMA DE VACACIONES					
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	DÍAS LABORADOS	TOTAL
2016	\$ 1.311.236	2/10/2016	31/12/2016	89	\$ 162.083
2017	\$ 1.004.791	1/01/2017	31/12/2017	360	\$ 502.396
2018	\$ 980.625	1/01/2018	12/01/2018	12	\$ 16.344
TOTAL A PAGAR					\$ 680.823

Por tal motivo, como quiera que el monto pagado en primer grado ascendió a la suma de \$1.171.056, habrá de modificarse la decisión sobre este aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales segundo y quinto del numeral segundo de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido que el reconocimiento y pago de la prima de servicios asciende a \$502.396 y la prima de vacaciones a la suma de \$680.823, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **07 2019 00026 01**
Demandante: JOSÉ GILBERTO CHÁVEZ ALFONSO
Demandado: COLPENSIONES Y LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA
 DE CRIADORES DE GANADO CEBU – ASOCEBU
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, se estudiará el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ GILBERTO CHÁVEZ ALFONSO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CRIADORES DE GANADO CEBU – ASOCEBU, a fin de declararse la existencia de un contrato de trabajo con esta última por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1984 y el 22 de enero de 1989, cuyo salario mensual equivalía para la época a la suma de \$36.000, sin que se hubiesen efectuado los respectivos aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se condene a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CRIADORES DE GANADO CEBU – ASOCEBU a reconocer y pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con destino a COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1984 y el 22 de enero de 1989, ordenando a COLPENSIONES realizar el correspondiente cálculo actuarial sobre los aportes adeudados, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como respaldo de sus súplicas, refirió que existió una relación laboral con ASOCEBU bajo la modalidad de indefinida por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1984 y el 22 de enero de 1989, donde desempeñó el cargo de Auxiliar del Departamento de Registros y Genealogías Kárdex y Archivo, devengando como último salario en la suma de \$36.000.

Expuso igualmente que, el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES no registra pagos por el interregno laboral en que estuvo vinculado con ASOCEBU, pues esta nunca lo afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

Finalmente, mencionó que el 20 de abril de 1991 ASOCEBU le expidió certificación laboral por intermedio del señor HUGO OLARTE FANDÑO, y a pesar que reclamó a la encartada sobre el pago de sus aportes pensionales, la misma el 26 de septiembre de 2018 le manifestó que no se había encontrado evidencia sobre la existencia del contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CRIADORES DE GANADO CEBU – ASOCEBU contestó la demanda con oposición a las pretensiones, manifestando no ser cierta la existencia de la relación laboral con el demandante, por lo que no se le puede endilgar responsabilidad alguna por la supuesta omisión en el pago de aportes pensionales.

Propuso la excepción de inexistencia del derecho pretendido.

Por su parte COLPENSIONES expuso en su contestación que no obra prueba que demuestre la relación laboral perseguida por el demandante.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa, prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021 declaró que entre el demandante y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CRIADORES DE GANADO CEBU – ASOCEBU existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1984 y el 22 de enero de 1989, ordenándole a esta última pagar sobre dicho interregno los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de acuerdo al cálculo actuarial realizado por COLPENSIONES y debidamente actualizada a la fecha del pago.

Asimismo, condenó a ASOCEBU consignar con destino a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial por los periodos no cotizados en la suma de \$38.011.894 con corte a 30 de abril de 2020, cálculo que incluso debe sufragarse debidamente actualizado a la fecha del correspondiente pago, condenando a su vez a COLPENSIONES recibir el valor del cálculo que debe pagar ASOCEBU, junto con la respectiva corrección y actualización de la historia laboral del demandante.

Para arribar a dicha conclusión expuso el *a-quo* que, del conjunto probatorio de carácter documental obrante dentro del expediente, en especial, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

certificación laboral emitida por el entonces administrador de ASOCEBU señor HUGO OLARTE FANDIÑO, puede colegirse que en efecto el actor laboró al servicio de la demandada por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1984 y el 22 de enero de 1989, desempeñando el cargo de Auxiliar del Departamento de Registros y Genealogías Kárdex y Archivo, devengando como última retribución salarial la suma de \$30.000, certificación que fuese emitida el 20 de mayo de 1991, y que por demás se acompasa con la vinculación que tuvo el referido señor HUGO OLARTE FANDIÑO en la empresa con la liquidación de su contrato, los pagos de aportes al Sistema General de Seguridad Social, certificado de ingresos y retenciones, aspectos todos que corroboran que el señor HUGO OLARTE FANDIÑO fue el Administrador de la encartada desde el 22 de abril de 1985 hasta el 23 de abril de 2003.

Que en lo que concierne al valor probatorio del tipo de documentos allegados dentro del presente asunto, de conformidad con lo considerado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a las certificaciones laborales, el Juez debe tener como un hecho cierto su contenido sobre temas relacionados del contrato de trabajo, como quiera que no es usual que una persona falte a la verdad sobre aspectos tan importantes como los derivados del contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que lo que se soporta en esa certificación se acompasa a lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte rendido.

De otra parte, manifestó el fallador de instancia que en lo que respecta a los pagos de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión perseguidos por el demandante, junto con el cálculo actuarial respecto de ASOCEBU, por el periodo comprendido entre el 22 de abril de 1985 y el 23 de abril de 2003, los mismos resultan procedentes bajo el entendido que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES fue creado bajo la égida de la Ley 90 de 1946, y pese a que la normativa en mención no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en la obligación, la misma es perfectamente aplicable en casos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, máxime si el concepto de cálculo actuarial no es nuevo en el ordenamiento jurídico y desde el año de 1946 era obligación de los empleadores afiliar al trabajador, supuestos que la Corte Suprema de Justicia,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

también ha dejado asentado a través de reiterativa jurisprudencia; circunstancia por la cual, al no haberse afiliado el trabajador por ASOCEBU en pensiones, es procedente el pago previo al cálculo que corresponda ante la omisión en la afiliación.

Asimismo, indicó que en razón a que en el trámite del proceso se le ordenó a COLPENSIONES que realizara el cálculo actuarial con ocasión del demandante, ese fue el tenido en cuenta para los periodos adeudados por la empresa por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1984 y el 22 de enero de 1989, pero dejando de presente que el mismo debía actualizarse al momento que se efectivizara el pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión ASOCEBU la apeló. Argumentó en su alzada que, el fallo de instancia se fundamenta en la certificación que emitiera un presunto empleado de la accionada y en una sentencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se advierte que las certificaciones expedidas sobre hechos ocurridos en la relación laboral constituyen plena prueba frente al mismo empleador, aspecto que contraría la realidad, como quiera que dicha certificación fue emitida por el señor HUGO OLARTE FANDIÑO, quien se desempeñaba como administrador, mas no fungía como Representante Legal.

Asimismo, adujo que la relación laboral no se acredita con certificaciones laborales, sino con la configuración de los tres elementos esenciales dispuestos en el artículo 23 del C.S.T., sin que el demandante hubiese demostrado si quiera la prestación personal del servicio y el salario, carga que le correspondía, adicionando a su argumento que desde la contestación de la demanda se desconoció la certificación laboral objeto de reproche, al igual que el hecho de que existiera una pérdida de información no implica *per se* la configuración de un verdadero contrato de trabajo con el actor.

COLPENSIONES encontró inconformidad en la decisión de primera instancia, en lo atinente al pago de condena en costas, por cuanto no fue la entidad que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dio origen al proceso, por lo que no se le puede endilgar culpa alguna por la negligencia u omisión del pago de aportes pensionales de la demandada ASOCEBU.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar como problema jurídico principal si entre el demandante JOSÉ GILBERTO CHÁVEZ ALFONSO y la demandada ASOCEBU, existió una relación laboral por los extremos temporales alegados, los cuales giran por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1984 y el 22 de enero de 1989, junto con el correspondiente salario realmente devengado que lo estima en la suma de \$30.000 mensuales.

Ello con la finalidad de que prospere la condena de aportes pensionales respecto de la demandada ASOCEBU por los extremos anteriormente referidos, previo cálculo actuarial realizado por parte de COLPENSIONES.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero advertir, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto en reiterativa jurisprudencia, entre otras en las sentencias SL3082-2021, Radicación No. 82832 del 21 de julio de 2021, SL3852-2021, Radicación No. 82418 del 14 de julio de 2021, SL3555-2021, Radicación No. 73989 del 30 de junio de 2021, que cuando en materia pensional se persiga la mora en las semanas de cotización, es necesario acreditar sobre el interregno pretendido la existencia de la relación laboral con el presunto empleador.

Para el efecto, en sentencia SL3277-2021, Radicación No. 82819 del 26 de julio de 2021 se expuso:

“Para el efecto, es importante recordar que la Corporación tiene pacíficamente adoctrinado que, para contabilizar los períodos reportados en mora de un empleador, cuando la entidad de seguridad social no ejerció acciones de cobro, es necesario acreditar que en ese lapso existió un contrato de trabajo o, en otros términos, que aquél estaba obligado a efectuar dichas aportaciones, porque el trabajador prestó servicios durante los ciclos correspondientes.

“Lo anterior, toda vez que, como se explicó en la sentencia CSJ SL1506-2021, que reitera las reglas de la CSJ SL3692-2020, «no puede el operador judicial endilgarle a la administradora de pensiones una responsabilidad automática ante los reportes de falta de pago por parte del empleador reflejados en la historia laboral», porque esto supondría «cargarle o imputarle al sistema pensional, un número de semanas no cotizadas por el asegurado», así como «declarar la existencia de un contrato de trabajo», con «claro desconocimiento a un principio medular del ordenamiento jurídico del trabajo, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formas»”.

Así las cosas, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, mayor entendimiento dado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que respecta al elemento subordinante, el cual debe ser desvirtuado sin dubitación por parte del extremo accionado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentido, la prueba de demostración de existencia del contrato de trabajo del demandante con la demandada ASOCEBU, gira en torno a la certificación laboral emitida el 20 de mayo de 1991, la cual contiene el logo de la empresa que expidiera el señor HUGO OLARTE FANDIÑO, quien desempeñaba para entonces el cargo de Administrador, cuyo contenido es el siguiente (01 Cuaderno Principal PDF – Fl. 20):

“EL SUSCRITO ADMINISTRADOR DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CRIADORES DE GANADO CEBU

HACE CONSTAR

“Que el señor JOSÉ GILBERTO CHÁVEZ ALFONSO identificado con cédula de ciudadanía No. 79.351.464 expedida en Bogotá, laboró para esa entidad desde el 16 de enero de 1984 al 22 de enero de 1989, desempeñando el cargo de Auxiliar del Departamento de Registros y Genealogías, Kardex y Archivo.

“Que al momento de su retiro devengaba una asignación mensual de \$36.000.00.

“La presente se expide a solicitud del señor Chávez a los 20 días del mes de mayo de 1991”.

Por tal razón, el motivo principal del apelante, es el hecho de una parte, que con dicha prueba no se puede consolidar una verdadera relación laboral y, por otra, que el señor HUGO OLARTE FANDIÑO no era un empleado con facultades dentro de la empresa para la expedición de ese tipo de documentos.

Ahora bien, en el trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante quien manifestó que es Ingeniero de Sistemas e inició labores con la demandada ACESOBU el 16 de enero de 1984 en el Departamento de Genealogías y Registro desempeñando el cargo de Auxiliar, laborando por espacio de cinco (5) años, describiendo que su actividad consistía en poner los sellos en los diferentes registros de las ganaderías; adicionalmente registraba los sellos del Director Ejecutivo y del Presidente de la asociación.

Describió que su jefe inmediato para ese entonces se llamaba MARÍA URORA GRACÍA ACERO, el siguiente era HUGO OLARTE FANDIÑO, así como que el Director Ejecutivo en ese entonces era JUAN GUILLERMO ARANGO, recalcando



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que su labor se extendió hasta el 16 de enero de 1989, calenda en que fue despedido.

Que para el 16 de enero de 1984 quien lo contrató fue el señor HUGO OLARTE FANDIÑO, misma persona que lo despidió sin justificación alguna pues solo le comunicó la carta de finalización del contrato de trabajo. Recalcó que el contrato que tuvo con ASOCEBU fue a término indefinido sin recordar el salario devengado para esa época.

Que en esa relación laboral ASOCEBU cancelaba los aportes a pensión y salud con destino al antiguo INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, tanto así que de manera mensual le llegaba un carné de dicho Fondo, sin tener conocimiento por qué dichos pagos no se ven reflejados en su historia laboral.

Por otra parte, el Representante Legal de ASOCEBU, señor ANDRÉS FERNANDO ARENAS GAMBOA, refirió en su interrogatorio de parte que es Médico Veterinario, representando a la empresa desde el mes de agosto de 2009.

En lo que respecta a las pretensiones endilgadas por el demandante, adujo que en los archivos que reposan en la empresa no se encontró ningún soporte de pago de aportes a seguridad social en pensiones, sin que conozca al demandante, de ahí que no le conste que en efecto haya sido empleado para ese entonces de la asociación. Hizo hincapié en que anteriormente existía en la asociación otro Director Ejecutivo, quien realizó una destrucción de todos los archivos de personal de trabajadores y demás registros porque se presentaron diferentes cambios de sede, sin que se hubiese realizado alguna solicitud oficial con destino a COLPENSIONES solicitando información sobre aportes pensionales del demandante, siendo enfático en exponer que se indagó con todos los empleados de la empresa, quienes manifestaron no conocer al señor JOSÉ GILBERTO CHÁVEZ ALFONSO, argumentando a su vez que en la actualidad no existen trabajadores en la empresa que se encuentren vinculados desde las fechas que el actor manifiesta que laboró.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Expuso que en la empresa existe una dependencia llamada Registro y Genealogía, el cual se encarga de expedir todos los registros de genealogía de los animales puros de la asociación, escuchando que en alguna época el señor HUGO OLARTE FANDIÑO fue el administrador de la asociación.

La testigo DIANA PATRICIA GARZÓN SUÁREZ manifestó que es bachiller y que hizo un curso de Secretariado, desempeñando en la actualidad el cargo de Secretaria de la Administración de la asociación encartada.

Refiere que ingresó a laboral a ASOCEBU en el mes de agosto de 1993, sin que haya conocido al demandante. Relató que conoció a la señora AURORA GRACIA ACERO, quien era la Secretaria de Departamento de Registros, al igual que el señor HUGO OLARTE FANDIÑO era el administrador, y que a pesar que no trabajó con el señor JUAN GUILLERMO ARANGO lo conoce por cuanto fue el Director Ejecutivo.

Refirió que el cargo del Representante Legal de ASOCEBU tiene como funciones el firmar documentos, empleo que también se denomina Director Ejecutivo. Expuso que quien firma las certificaciones laborales sobre existencia de contratos es el área de Recursos Humanos, precisando que cuando ella ingresó a laborar, el Departamento de Genealogía ya existía, sin tener conocimiento quién expedía las certificaciones laborales desde el año 1986 hasta 1989, como tampoco conoció si el señor HUGO OLARTE FANDIÑO hubiese expedido certificaciones laborales en nombre de la asociación.

El testigo CAMILO ANDRÉS DÍAZ manifestó que es Médico Veterinario y el Director Administrativo y Financiero de ASOCEBU desde el año 2015, vinculado a la empresa desde el año 2013 en diferentes cargos.

Relató que no conoce al demandante ni que hubiese sido trabajador de la empresa, al igual que tampoco conoció ni sabe quién es la señora MARÍA AURORA GRACIA CERO, tampoco conoce al señor HUGO OLARTE FANDIÑO, pero tiene conocimiento que trabajó al servicio de la encartada en el cargo de Administrador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que las labores de Administrador son las de ejecución del presupuesto y brindar las herramientas necesarias para el desarrollo de las actividades de la asociación, sin que tenga conocimiento cuáles eran las funciones del administrador para los años ochenta.

Resaltó que dentro de las funciones de Administrador no se encuentran las de expedir certificaciones laborales ya que es competencia del Área de Recursos Humanos. Precisó que desde que él labora para la empresa existió el cargo de Director Ejecutivo, y tiene conocimiento que le han antecedido otros Directores, que a su vez fungían como Representantes Legales.

Expuso que en los años noventa se presentó una destrucción masiva de los archivos en los que posiblemente pudo existir información del demandante.

Así las cosas, contrario al argumento de ASOCEBU expuesto en la alzada, a criterio de la Sala y como lo coligió el fallador de instancia, dentro del presente asunto se configuró una verdadera relación laboral entre el actor y ASOCEBU por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1984 y el 22 de enero de 1989, como quiera que con la certificación que aportó el señor JOSÉ GILBERTO CHÁVEZ ALFONSO, se puede afirmar plena credibilidad de la relación contractual alegada.

Lo anterior, por cuanto no puede perderse de vista que las certificaciones laborales son prueba de análisis en cada caso en concreto por parte del operador judicial, afianzado en las figuras de la sana crítica y la libre apreciación de la prueba al no encontrarse inmerso en tarifa legal, presupuesto del que se puede hacer uso al tenor de lo preceptuado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. Para mayor proveer, la Sala de Casación Laboral ha sido reiterativa con el análisis probatorio de las certificaciones laborales, manifestando la necesidad de análisis de cada caso en particular, pero, sobre todo, el valor probatorio con el que se deben analizar, como así se asentó en la sentencia SL064-2020, Radicación No. 64314 del 22 de enero de 2020, en la que se manifestó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Sobre este tipo de documentos emitidos por el empleador, en sentencia CSJ SL14426-2014, en la que se reiteró el criterio expuesto en los fallos CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393, y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, la Corte precisó: La fuerza de los anteriores medios de convicción que viene del hecho de que en tres ocasiones se certificara el extremo inicial del vínculo laboral, como también de que proviniera de esas dos sociedades –diferentes de por sí-, permitía infirmar y dejar sin piso la declaración que hizo el promotor del juicio en el interrogatorio de parte vertido en el Consulado General de Colombia en los Estados Unidos.

“Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:

“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral”. (subrayado fuera del texto).

Bajo este escenario, puntualiza la Sala que en efecto la certificación laboral allegada por el demandante y fechada del 20 de mayo de 1991, logra probar que fue expedida por el entonces trabajador de ASOCEBU señor HUGO OLARTE FANDIÑO, quien desempeñaba el cargo de Administrador de la encartada, prueba de ello es el hecho que con la prueba documental allegada por la misma demandada, se aprecia que en efecto el señor HUGO OLARTE FANDIÑO laboró al servicio de la demandada por el periodo comprendido entre el 22 de abril de 1985 y el 23 de abril de 2003, como así da cuenta la copia de liquidación del contrato de trabajo de dicho trabajador, la certificación laboral, su afiliación a la EPS y la copia de su contrato de trabajo (01 Cuaderno Principal PDF – Fls. 164 a 166, 169 a 170, 181, 179 y 222 a 224).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, ASOCEBU soporta también su argumento de apelación en el hecho que el señor HUGO OLARTE FANDIÑO si bien laboró a su servicio en el cargo de Administrador, no tenía facultades para suscribir certificaciones laborales.

Tal supuesto no fue demostrado en el plenario, pues según se aprecia de lo expuesto por el Representante Legal señor ANDRÉS FERNANDO ARENAS GAMBOA en su interrogatorio de parte, así como lo manifestado por los testigos DIANA PATRICIA GARZÓN y CAMILO ANDRÉS DÍAZ, últimos quienes desempeñan los cargos de Secretaria del área de Administración y Director Administrativo respectivamente, ninguno de ellos manifestó conocer las funciones propias del señor HUGO OLARTE FANDIÑO como Administrador para el periodo comprendido entre el 22 de abril de 1985 y el 23 de abril de 2003; por el contrario, estos trabajadores ni si quiera laboraron para las mismas fechas en que el señor HUGO OLARTE FANDIÑO trabajó al servicio de ASOCEBU, tópico por el que sus declaraciones no logran formar el convencimiento de la Sala, por lo que se derruyen las exposiciones del apelante en el entendido que era notoria la falta de competencia del Administrador de la asociación para la expedición de certificaciones laborales y por consiguiente, advierten la falta probatoria que le competía a la accionada para desvirtuar el contenido de la certificación.

De otro lado, ASOCEBU no aportó un medio de convicción determinante que demostrara la carencia de competencia de expedir certificaciones por parte del señor HUGO OLARTE FANDIÑO, basando su defensa en el hecho que existió una pérdida o destrucción masiva de archivos para la época en que el actor alega el contrato de trabajo, circunstancia por la cual, a criterio de la Sala se configuró un verdadero contrato de trabajo, pues con la certificación laboral se logró probar por parte del señor JOSÉ GILBERTO CHÁVEZ ALFONSO la prestación personal del servicio y la remuneración salarial que para la época ascendía a la suma de \$36.000 mensuales, reiterándose, que con el caudal probatorio allegado a juicio por ASOCEBU, en nada se logró desvirtuar el certificado laboral, lo que conlleva a su vez a que la decisión de primer grado sea confirmada sobre este aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, al haberse omitido el pago aportes pensionales, la accionada debe solventar el respectivo cálculo actuarial, tal como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4336-2021, Radicación No. 88810 del 15 de septiembre de 2021, refirió:

“Por último, debe aclararse que si en efecto es cierto que el actor laboró continuamente en los extremos laborales referidos en la certificación laboral -pues recuérdese que a quien se le atribuye un documento puede demostrar lo contrario-, queda a salvo la posibilidad de requerir a la empresa para que le reconozca el cálculo actuarial a fin de que se integren los periodos no cotizados, a satisfacción de la entidad de seguridad social conforme al precedente vigente de la Sala (CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL4334-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020, entre muchas otras).

Por consiguiente, como viene de verse, la jurisprudencia ha interpretado la obligación del empleador de asumir mediante el título pensional, los montos que correspondan a períodos no cotizados por falta de afiliación, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

De las costas procesales:

Por último, la demandada COLPENSIONES argumenta en su alzada la inconformidad que se le haya condenado en costas procesales de primer grado.

Considera la Sala que le asiste razón a COLPENSIONES, lo anterior por cuanto el artículo 365 del C.G.P. consagra que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, para lo cual no debe soslayarse que se vinculó a dicha entidad al proceso al haberse inadmitido la demanda por el *a-quo*, misma que se había dirigido en un inicio contra ASECEBU, disponiendo para su admisión que se dirija también contra COLPENSIONES, evidenciándose como única pretensión el elaborar el cálculo actuarial, sin que se advierta que recaiga en su contra la condena del pago de aportes, por lo cual, se revocará la condena impuesta por costas procesales.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de septiembre de 2021, en el sentido de ABSOLVER a COLPENSIONES de las costas procesales impuestas en primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 **08 2019 00449 02**
Demandante: LUIS EDUARDO CHIQUIZA AREVALO
Demandado: RF ENCORE S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS EDUARDO CHIQUIZA AREVALO formuló demanda ordinaria laboral en contra de RF ENCORE S.A.S., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, por el periodo comprendido entre el 23 de abril de 2014 y el 7 de julio de 2016. Igualmente, el reclama se declare que el extremo accionado se encuentra en mora de cancelar los honorarios desde la fecha de radicación de la correspondiente renuncia en cada proceso.

Como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de los honorarios causados por su gestión en los procesos con radicaciones números 02 2004 0046 y 25 2009 0499 que cursan en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Bogotá; 11 2005 0045 que se tramita en el Juzgado Quince Civil Municipal de Ejecución de Bogotá; 19 2005 0028 que cursa en el Juzgado Cuarto



Civil del Circuito de Ejecución de Bogotá; 02 2005 1550 que se adelanta en el Juzgado Setenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá; 035 2008 0949 que cursa en el Juzgado Doce Civil Municipal de Bogotá y 041 2005 0545 que se tramita en el Juzgado Cincuenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, en los cuales se han causado honorarios entre el 9% y el 12% de acuerdo a la etapa en la cual se encontraban; asimismo, solicita se condene al pago de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, sostuvo el promotor del litigio que prestó sus servicios profesionales a la encartada como abogado desde el 23 de abril de 2014, vínculo contractual que fue acordado de forma verbal con el representante legal de la convocada a juicio. Igualmente, señaló que el banco COLPATRIA S.A. celebró contrato de compraventa de cartera con la demandada en esa misma calenda, acuerdo que incluía varios procesos ejecutivos hipotecarios a su cargo, los cuales estaban activos para esa fecha. Así mismo, relató que el aludido banco mediante comunicación adiada el 21 de mayo de 2014, le informó de la negociación, e igualmente precisó que una de las condiciones pactadas era la continuidad de los apoderados en los procesos cedidos, en idénticas condiciones a las del contrato anterior.

Relató que devengaba un porcentaje de honorarios según tabla establecida para tal fin y la etapa procesal de cada uno de los procesos. De la misma forma, expuso que por motivos personales terminó la relación contractual el 8 de Julio del 2016, lo cual comunicó a la accionada, proponiendo a su vez fórmulas para el manejo de los procesos a su cargo y la liquidación de los honorarios causados a esa fecha, sin que fueran aceptadas por la demandada. Además, indicó que el 16 de julio de 2016 remitió correo electrónico a la pasiva informándole que los honorarios adeudados ascendían a la suma de \$60.000.0000.

Refirió que durante el tiempo en que prestó sus servicios, cumplió con su labor y estuvo pendiente de los procesos y envió los informes solicitados, incluso hasta después de su renuncia. Por último, indicó que la demandada, sin llegar a ningún acuerdo con el accionante sobre el pago de los montos adeudados por su gestión y sin obtener paz y salvo alguno designó nuevo apoderado, habiendo



cancelado a la fecha únicamente los honorarios correspondientes a la obligación No.302000281986.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada RF ENCORE S.A.S. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el vínculo contractual no fue verbal, dado que de acuerdo con el contrato de compraventa suscrito entre esa sociedad y COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., se acordó la continuidad en los contratos suscritos con los abogados, cuyo objeto fuera obtener el recaudo de cartera; en consecuencia, el contrato de prestación de servicios escrito celebrado entre la citada entidad bancaria y la sociedad GESTION ALTERNA CHIQUIZA ABOAGDOS S.A.S. representada legalmente por el actor, es el documento a tener en cuenta como el contrato de prestación.

De otra parte, adujo que no hay lugar al pago de los honorarios deprecados, como quiera que los procesos que son objeto de cobro, no cuentan con una gestión efectiva de recaudo a favor de la sociedad demandada, según la cláusula 4ª del contrato suscrito entre la sociedad que representa el promotor y el mencionado banco, el cual fue cedido a la accionada en virtud de lo establecido en la cláusula 6.8 del contrato de compraventa de cartera.

Formuló como excepciones previas las de prescripción y falta de competencia, las cuales fueron resueltas en audiencia de 11 de agosto de 2020, oportunidad en la que se indicó que la primera se resolvería como de fondo y la de falta de competencia se declaró no probada, decisión que fue confirmada por esta Corporación (Fls. 231 a 232 vto., y 240 a 242).

Igualmente, propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, prescripción, buena fe de RF ENCORE S.A.S., mala fe del demandante, enriquecimiento sin causa, falta de legitimación en la causa por activa y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, además declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido y no emitió condena en costas.

Para arribar a dicha conclusión, trajo a colación la Ley 712 de 2001 que fija la competencia en la jurisdicción laboral para conocer de asuntos que versen sobre el reconocimiento y pago de honorarios y el artículo 2142 del C.C., que regula lo atinente al contrato de mandato.

Bajo ese escenario, expuso que al confrontar el material probatorio encontró que el actor actuando en representación de la sociedad GESTIÓN ALTERNA CHIQUIZA ASOCIADOS S.A.S y COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., celebraron un contrato de prestación de servicios profesionales cuyo objeto consistía en realizar todas las acciones judiciales necesarias para lograr el recaudo de las obligaciones en mora que el banco le asignara, lo que corroboró el actor en su declaración de parte. Asimismo, la pasiva confesó que su contratación fue cedida en favor de esa sociedad, en virtud del contrato de compraventa de cartera suscrito el 23 de abril del año 2014, entre la demandada y el mencionado banco, documental que reposa en el expediente, por ende, encontró aceptada la prestación de servicios profesionales por parte del actor como apoderado judicial de RF ENCOR S.A.S.

En ese estado de cosas, procedió a verificar la remuneración pactada en esa relación, para lo cual memoró que el artículo 2143 del Código Civil, dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado, siendo la remuneración determinada por las partes antes o después del contrato, por la ley o por el juez. Asimismo, señaló que correspondía a la demandada demostrar que canceló los honorarios o que el mandato fue conferido título gratuito; siendo la defensa de la accionada el que la remuneración de honorarios se estableció en el contrato de prestación de servicios profesionales en donde quedó ligada a la recuperación efectiva de las obligaciones asignadas y que ninguno de los



procesos civiles relacionados con el actor cuentan con una gestión efectiva de recaudo a su favor.

De otra parte, adujo la falladora de instancia que el artículo 167 del C.G.P. impone a la parte demandante la carga de probar los hechos en que funda el derecho pretendido, por lo que al verificar la cláusula 4^a del contrato de prestación de servicios profesionales acordado entre el banco COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. y el actor, que la *“remuneración del abogado, se encuentra exclusivamente ligada a la recuperación efectiva de las obligaciones asignadas, de tal forma que el abogado no podrá exigir suma alguna si no existe recuperación efectiva asociada con su labor. Los honorarios serán pagaderos (...) en la forma y cuantía señaladas en las tablas de honorarios que se anexan a este contrato (anexo 4) las cuales hacen parte integral del mismo y empiezan a regir a partir de la firma del presente contrato”*.

Entre tanto, la cláusula 6.8 del contrato de compraventa de cartera celebrado entre COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. y RF ENCOR S.A.S., donde se acordó a cargo del banco vendedor *“Notificar a los abogados externos en los términos y plazos establecidos en el anexo operativo No. 4, la cesión de los derechos de los créditos sobre los que ellos ejercen la representación judicial para que continúen reportándole al comprador que reemplazará al vendedor a partir del día siguiente a la fecha de celebración, siendo que el comprador respetará las condiciones contractuales con las que el abogado externo ha venido atendiendo los procesos y las tarifas de honorarios fijadas”*.

Acorde con lo anterior, la juez de primer grado refirió que el demandante en la declaración que depuso manifestó que suscribió el contrato de prestación de servicios con el banco COLPATRIA, y que renunció a los procesos asignados en el año 2016, fecha para la cual no había recaudo efectivo de las obligaciones, pero que todos los procesos mantenían en continuo impulso procesal. Por su parte, el representante legal de la demandada informó en el interrogatorio que esa sociedad no establece tarifas de honorarios, pues debe respetar las condiciones pactadas en los contratos de prestación de servicios, en los que se estipuló que los honorarios se calculaban de acuerdo con los porcentajes establecidos para cada etapa procesal, pero que solo se causan ante recaudo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

efectivo de las obligaciones, situación que puede darse en dos momentos, esto es, i) ante el pago de la obligación por parte del deudor, o ii) el remate de los bienes hipotecados. Así mismo señaló que a la fecha los procesos asignados al autor siguen su cauce normal.

Analizado lo anterior, concluyó que las partes acordaron que los honorarios estaban limitados en su causación y por ende su exigibilidad, al recaudo efectivo de las obligaciones en mora, lo cual no se acreditó en el presente caso, en especial en los procesos que reseñó el gestor en las pretensiones de la demanda, que alude a los radicados con el número 2004-046, 2005-045, 2005-028, 2005-1550, 2008-949 y 2009-545, reiterando la juez de instancia que el mismo demandante confesó que para la fecha en que presentó la renuncia de poderes, no habían sido terminados los procesos ejecutivos que le habían sido asignados, por ende, es clara la imposibilidad de fijar la suma alguna por honorarios, pues si bien la pasiva en el interrogatorio señaló que los porcentajes por honorarios oscilaban entre el 7% y el 11% de los dineros recaudados, esa declaración resulta insuficiente para tasar la remuneración profesional, lo que conllevó a la absolución de la convocada a juicio, declarando probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Adujo que en el contrato se advierten cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que al interior de los procesos se desarrollan varias etapas que fueron estipuladas por la accionada y llegaron a determinado fin al momento de la renuncia al poder, ello teniendo en cuenta que los procesos se encuentran en un estado avanzado y no pueden depender de la actuación de un tercero para la recuperación de los honorarios, por lo que solicita se valore el documento aportado el día anterior a la audiencia en el que se dictó el fallo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si al demandante LUIS EDUARDO CHIQUIZA AREVALO le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales que reclama en el libelo genitor, como consecuencia de la representación que argumenta haber ejercido para la demandada RF ENCORE S.A.S.

c. De los Honorarios:

El trabajo, en nuestro sistema jurídico, goza de una amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

El Constituyente, sin embargo, no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios independientes, pues la segunda corresponde a una de las múltiples formas de la contratación particular, la cual no puede ser asimilada al contrato de trabajo, ya que tiene alcances jurídicos distintos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así, cuando quiera que se trate de la prestación de servicios de abogacía, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2142 del C.C, el cual prevé:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

De otra parte, el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

De cara a lo indicado, deviene lógico referir que cuando quiera que una persona reclama el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde acorde las reglas de la carga de la prueba, acreditar además del poder que le fuere conferido, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo y si precisa que le sea reconocida una suma determinada por concepto de honorarios acorde lo pactado con su poderdante, es lógico que acredite el mentado pacto y la suma o porcentaje acordado por concepto de honorarios, así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL4902-2021, con Radicación No. 44925 de 22 de septiembre de 2021, en la que sostuvo:

“Acorde con dichos planteamientos, lo primero que debe indicar la Sala, es que contrario a lo manifestado por el actor, la acción se instauró para que se declarara el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios, es decir, un proceso declarativo, en el que, con las pruebas aportadas por el interesado, conforme con el principio general de la carga de la prueba, prevista en el artículo 177 del CPC -hoy artículo 167 del CGP- debe demostrar que: i) celebró un contrato para una gestión determinada, partiendo de la base que a las partes ha quedado la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, y si existe ese pacto, aquél se erige en la fuente que normalmente define la controversia generada, en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato; ii) que esta fue realizada y, iii) que conforme con las reglas o clausulado celebrado entre las partes, se tasó un reconocimiento monetario.”



Ahora bien, en cuanto a la tasación de los honorarios, el órgano de cierre de esta especialidad ha precisado en sentencia SL2803-2020, Radicación No. 47566 de 8 de julio de 2020, lo siguiente:

“Para concluir, resulta pertinente recordar que, como lo ha adoctrinado esta Sala, cuando los honorarios se pactan a cuota litis, constituyen un alea que hace necesario el acaecimiento de un resultado favorable, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL 39171, 22 nov. 2011, en la que se señaló:

*“El contrato de mandato por ser bilateral no sólo comporta obligaciones en cabeza del mandatario; cuando es remunerado conlleva una obligación también esencial y concomitante para el mandante: **pagar la prestación pactada que bien puede estipularse en un valor determinado que desde el principio del mandato se conoce, o puede ser aleatoria, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades, (cuota litis) bajo el entendido de que si no es posible ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional.** También resulta perfectamente viable que se combinen las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante. (negrilla fuera de texto)*

“En la sentencia CSJ SL 33099, 2 jun. 2009, esta Corporación precisó «[...] que el pacto de honorarios por cuota litis conlleva una obligación de resultado [...]», y más adelante recordó:

“Al punto, en sentencia S. de N., Gaceta LXIII, 466 de 29 de septiembre de 1947, se dijo:

“La peculiaridad de la convención denominada cuota litis consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado, sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su exigencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen.

“Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 del C.C. la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el juez. De donde resulta, como consecuencia, que estas tienen capacidad legal para fijar la forma en que debe cubrirse”.

“Así mismo, esta Sala de la Corte en sentencia de 8988 del 24 de enero de 1997, reflexionó:

“Interesa dejar en claro que el porcentaje acordado como honorarios..., teniendo en cuenta que se pactaron en la modalidad de cuota litis, que implica que el abogado tendrá como retribución por sus servicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

profesionales una participación directamente deducible de los resultados económicos o patrimoniales del proceso, que, en este caso, se estableció en un 35%...”.

“...lo que obliga...a condenar al demandado a pagarlos en el porcentaje en que se comprometió sobre lo que efectivamente recibió en la sucesión...”.

d. Del Caso en Concreto:

Descendiendo al *sub-examine*, encuentra la Sala que el promotor de la litis reclama la declaratoria de un contrato de prestación de servicios profesionales con el extremo pasivo, junto con el consecuente pago de los honorarios dejados de cancelar por su gestión como abogado en los procesos que a continuación se relacionan:

No.	RADICADO	JUZGADO
1	02-2004-0046	Juzgado 02 Civil Circuito de Ejecución de Bogotá
2	25-2009-0499	Juzgado 02 Civil Circuito de Ejecución de Bogotá
3	11-2005-0045	Juzgado 15 Civil Municipal de Ejecución de Bogotá
4	19-2005-0028	Juzgado 04 Civil Circuito de Ejecución de Bogotá
5	02-2005-1550	Juzgado 74 Civil Municipal de Bogotá
6	35-2008-0949	Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá
7	41-2005-0545	Juzgado 51 Civil Circuito de Bogotá

Procesos que, según se indica en las pretensiones del escrito inaugural, se encuentran en su mayoría en las etapas cuyo porcentaje por honorarios oscila entre el 9% y el 12%. Igualmente, se advierte que el promotor en audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, desistió de la pretensión quinta relacionada con el cobro de honorarios del radicado No. 25 2009 0499.

Al respecto, se observa en esta instancia que no fue objeto de controversia que el demandante celebró un contrato de prestación de servicios profesionales con el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., documento que valga la pena señalar se encuentra fechado el 10 de octubre de 2014, el cual tenía por objeto realizar *“todas las gestiones pertinentes judiciales necesarias para lograr el recaudo de las obligaciones en mora que el BANCO le asigne”* (Fl. 150 a 156); situación que efectivamente aceptó el actor en el interrogatorio que rindió, además precisó que en un comienzo los contratos se realizaban a título personal, no a nombre de una sociedad, no obstante, posteriormente por temas



de tipo administrativo y del banco, se hizo a través de la citada sociedad, la cual es de su propiedad.

Igualmente, se estableció que a razón de lo acordado en la cláusula 6.8 del Contrato de Compraventa de Cartera celebrado entre COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. y la demandada RF ENCOR S.A.S., el 23 de abril de 2014 se pactó a cargo del banco vendedor el *“Notificar a los abogados externos en los términos y plazos establecidos en el anexo operativo No. 4, la cesión de los derechos de los créditos sobre los que ellos ejercen la representación judicial para que continúen reportándole al comprador, que reemplazará al vendedor, a partir del día siguiente a la fecha de celebración, siendo que el comprador respetará las condiciones contractuales con las que el abogado externo ha venido atendiendo los procesos y las tarifas de honorarios fijadas”* (Fls. 113 a 149). Situación que efectivamente le fue comunicada al promotor el 21 de mayo de 2014 (Fl. 84); aspecto que igualmente fue aceptado por la representante legal de la demandada en la declaración que rindió ante el juzgado primigenio; vínculo contractual que finalizó el 7 de julio de 2016, de acuerdo a la comunicación dirigida a la demandada en la que el gestor le informó de la renuncia al manejo de procesos en dicha calenda (Fl. 13).

De cara a lo anterior, si bien se observa que las fechas de suscripción de los aludidos contratos no guardan consonancia, pues se indicó que el contrato que suscribió el demandante en representación de la sociedad GESTIÓN ALTERNA CHIQUIZA ASOCIADOS S.A.S., con el banco COLPATRIA fue anterior a la compraventa de cartera entre esa entidad bancaria y la encartada, también lo es, que en el debate procesal y menos aún en la apelación que presentó el actor, manifestó inconformidad alguna sobre el particular.

Precisado lo anterior y en punto de los argumentos esgrimidos por la activa en su alzada, procede esta Colegiatura a verificar lo atinente al pago de honorarios que acordaron las partes por la gestión del abogado en los procesos a su cargo, para lo cual se remite a la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios (Fls. 150 a 156), que señala:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Se acepta de forma voluntaria por las partes que la remuneración de El ABOGADO se encuentra exclusivamente ligada a la recuperación efectiva de las obligaciones asignadas, de tal forma que EL ABOGADO no podrá exigir suma alguna, si no existe recuperación efectiva asociada a su labor. Los honorarios serán pagaderos en la cuenta de ahorros y/o corriente que EL ABOGADO abra en EL BANCO, en la forma y cuantía, señaladas en las tablas de honorarios que se anexan a este contrato (anexo 4), las cuales hacen parte integral del mismo, y empiezan a regir a partir de la firma del presente contrato”.

Acorde con lo anterior, cabe mencionar que el demandante en la declaración que depuso ante el juzgado de origen, reconoció el contenido de dicha cláusula en el contrato en cita; adujo sin embargo que el pago se realizaba conforme a las etapas del proceso. Por su parte, la representante legal de la demandada al ser indagada sobre las condiciones en que se desarrollaban esos contratos de prestación de servicios, refirió que el contrato inicialmente suscrito con el banco COLPATRIA se llevó a cabo atendiendo primero a un porcentaje determinado dependiendo de los avances en las etapas procesales, por lo que los honorarios se causan únicamente al momento del recaudo efectivo de las obligaciones; recaudo que se da en dos momentos, el primero puede ser con el pago que realiza efectivamente el deudor del crédito, o, cuando se logra el remate o adjudicación de alguno de los bienes objeto de los procesos ejecutivos hipotecarios, tal como lo expuso igualmente la juez de primer grado.

En esa medida, y según la jurisprudencia traída a colación anteriormente, lo que puede concluir la Corporación es que las partes acordaron un pago de honorarios por *cuota litis* en el cual el abogado se comprometía a realizar una gestión, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades por la recuperación efectiva de las obligaciones asignadas, de modo tal, que si no es posible ningún resultado favorable, se pierden todos los actos ejecutados que conllevan a la remuneración por la gestión profesional.

Así las cosas, la Sala al proceder con el escrutinio del acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, encuentra que el demandante en su declaración reconoció que para el momento de la renuncia a la representación judicial a su cargo en julio de 2016, no había logrado la recuperación de cartera, pese al movimiento de los procesos de acuerdo con las etapas planteadas en los mismos; gestión que en el plenario valga la pena precisar, no se encuentra



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demostrada de manera fehaciente, pues si bien a folios 166 a 174 y 201 a 226 se puede evidenciar que el promotor se le aceptó la renuncia al poder en los procesos con radicado No. 35-2008-0949 y 19-2005-0028, no obra probanza alguna que dé cuenta de su gestión como abogado en el transcurso de los citados procesos, ni en los demás en los que señala se le adeudan honorarios, carga probatoria de la que evidentemente se sustrajo.

Además, no puede pasar por alto este Juez Colegiado el hecho de que los honorarios pactados no tenían un rubro cierto y determinado, por cuanto, como vino de verse estaban sujetos a los resultados de la gestión del abogado en los diferentes negocios a su cargo, es decir, estaban ligados a la recuperación efectiva de cartera, siendo perfectamente posible pactar dicha forma de pago como vino de verse, sin que ello *per se* genere que las cláusulas que determinan esa forma de pago de honorarios, resulten abusivas como lo alega la parte actora en su alzada, pues desde el inicio del acuerdo, el gestor conocía que el desembolso por honorarios se producía como consecuencia del pago del crédito por parte del deudor, o, cuando se lograra el remate o adjudicación de alguno de los bienes objeto de los procesos ejecutivos hipotecarios, según informó la representante legal de la sociedad convocada a juicio; situación que en caso de los procesos que son objeto de controversia, no se acreditó.

Finalmente, en cuanto a la solicitud que eleva la parte actora en su alzada, relacionada con la valoración del documento que aportó con posterioridad al cierre del debate probatorio (Fls. 253 a 256), debe indicar la Sala que no es posible acceder a su pedimento, pues no se trata de una prueba que fuera solicitada en la oportunidad procesal pertinente, conforme lo establecido en los artículos 83 y 84 del C.P.T. y de la S.S.

Por tanto, se confirmará la decisión de la falladora de instancia, por las razones aquí señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Rafael Moreno Vargas
RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **09 2019 00342 01**
Demandante: JESUS RODRIGUEZ PERACHICAN
Demandado: MARIELA ULLOA DE CHAVARRO
 MARIA STELLA ULLOA GARCÍA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JESUS RODRIGUEZ PERACHICAN promovió demanda ordinaria laboral en contra de las señoras MARIELA ULLOA DE CHAVARRO y MARÍA STELLA ULLOA GARCÍA, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2000 y el 5 de enero de 2018, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de las convocadas a juicio.

Por consiguiente, pretende se condene a las demandadas al pago de salarios sobre el mínimo legal mensual vigente por todo el tiempo laborado, el pago de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, dotación, trabajo dominical y festivo. Asimismo, reclama se condene al pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, conforme lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

normado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por no pago de los intereses a las cesantías de conformidad con el artículo 1º de Ley 52 de 1975, la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la indemnización por despido sin justa causa, los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud y Pensiones, la indexación de las sumas adeudadas; además de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que las partes celebraron un contrato verbal de trabajo el cual inició el 10 de enero de 2000 y finalizó el 5 de enero de 2018, desempeñando el cargo de oficios varios en el predio San Jorge ubicado en el municipio de La Vega, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 12:00 p.m. y los domingos y festivos de 6:00 a.m. a 10:00 a.m., con descanso los días miércoles. De la misma forma, señaló que prestó de manera personal sus servicios, bajo continuada subordinación de las accionadas y de la señora MARIELA GARCÍA DE ULLOA (q.e.p.d.), percibiendo un salario mensual de \$180.000, durante toda la relación laboral.

De otra parte, refirió que no se le entregó dotación, ni le fueron canceladas las prestaciones sociales y vacaciones durante el tiempo que perduró el vínculo contractual, como tampoco fue afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social. Por último, sostuvo que trabajó 234 días festivos y 864 dominicales, y que las accionadas decidieron finiquitar de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada señora MARIELA ULLOA DE CHAVARRO contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que las partes nunca celebraron un contrato de trabajo, y que la relación surgió de la necesidad de los propietarios de la Quinta San Jorge ubicada en el municipio de La Vega, de conseguir una persona que prestara los servicios de limpieza de la piscina y poda del césped del lugar, sin que el promotor cumpliera un horario o asistiera de forma permanente, destacando que dichas labores las

desempeñó de forma liberal cuando eran requeridas y con sus propias herramientas, además mencionó que no tiene conocimiento de los extremos del vínculo contractual que se reclama.

Formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral, temeridad o mala fe, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción del derecho de intereses de cesantías, prescripción del derecho de primas de servicios y prescripción del derecho de vacaciones.

Entre tanto, la demandada MARIA STELLA ULLOA GARCÍA al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la misma. Argumentó que entre las partes en contienda nunca se celebró un contrato de trabajo, y que la relación surgió a razón de la necesidad de los propietarios de la Quinta San Jorge ubicada en La Vega, de contratar los servicios de limpieza de la piscina y poda del césped de la propiedad, sin que el accionante cumpliera un horario o asistiera de forma permanente, precisando que tales servicios los desempeñó de forma liberal cuando era requeridas y con sus propias herramientas.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó como inexistencia de la relación laboral, temeridad o mala fe, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción del derecho de intereses de cesantías, prescripción del derecho de primas de servicios y prescripción del derecho de vacaciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia de la relación laboral.

Para arribar a tal conclusión, la falladora de instancia trajo a colación el artículo 23 del C.S.T., que regula los elementos del contrato de trabajo y el artículo 24 *ejusdem* modificado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, que establece una presunción legal, y por tanto, admite prueba en contrario, respecto de la cual toda prestación personal de un servicio se encuentra regida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por un contrato de trabajo; corresponde a quien se opone, desvirtuar la presunción infirmando la existencia de los demás elementos de la relación laboral.

Bajo esos lineamientos, expuso frente a la prestación personal del servicio que la demandada MARÍA STELLA ULLOA GARCÍA declaró que en el año 2018 su hermana, señora MARIELA ULLOA GARCIA, era quien administraba el predio denominado San Jorge, ubicado en La Vega. Por su parte, la referida accionada MARIELA ULLOA GARCIA en el interrogatorio de parte, adujo que el actor desarrolló actividades en esa propiedad, tales como limpiar la piscina y podar el césped; igualmente indicó que dicho predio perteneció a la señora MARIELA GARCÍA DE ULLOA, quien era su madre y falleció el 26 de mayo de 2013, por lo que a partir de esa calenda el demandante continuó ejecutando esas actividades; tales aspectos señala además fueron ratificados por los testigos GONZALO ULLO, CAROLINA CHAVARRO, FIDELIGNO GARCÍA, CLARA INÉS RODRÍGUEZ, DONATO CASTRO DÍAZ y LETICIA MONTOYA, los cuales fueron coincidentes en señalar que el promotor ejecutaba labores de mantenimiento, tales como guadañar, podar árboles y limpiar la piscina.

Además, obran algunas constancias de pago por lo anteriores servicios firmados por el demandante, emitidos entre julio de 2009 y febrero de 2018, acreditando así la prestación personal del servicio, por lo que correspondía a la demandada desvirtuar la presunción de subordinación.

Al respecto, la testigo LETICIA MONTOYA TORRES manifestó que el actor también prestaba algunos servicios en el predio en el ella habitaba y que el precio era establecido por el accionante; a su vez la testigo CLARA INÉS RODRÍGUEZ LEMUS, hija del promotor del litigio, señaló que no tenía una jornada de trabajo establecida y que el mantenimiento de la piscina duraba una hora y media, y además la guadañadora era suministrada por él, sin embargo, los demás elementos se los proporcionaban en la finca. Adujo que nunca presencié llamados de atención y que la señora MARIELA ULLOA iba los fines de semana, quien le manifestó al actor que debía estar pendiente de la piscina, pero no le señaló cuándo debía ir.

A su vez la testigo ANA JUDITH GAITÁN ALTAMAR señaló que el actor no tenía un horario fijo, y que la señora MARIELA ULLOA cada quince días o cada mes, le indicaba al demandante las labores que debía efectuar, quien las realizaba cuando tenía tiempo, y que consistían en guadañar o limpiar la piscina, situaciones que le constan en tanto asistía a la finca a hacer oficios como lavar tendidos tres veces a la semana desde las 7:00 a.m.; asimismo dijo que observó que el demandante no tenía un horario fijo y que en ocasiones vertía el químico a la piscina y al día siguiente la aspiraba, lo cual le tomaba una hora y no era una actividad permanente; de igual manera cuando tenía que guadañar se demoraba un día y medio, lo cual ocurría una vez al mes, finalmente agregó que el accionante realizaba otros arreglos cuando era necesario o cuando tenía tiempo.

En cuanto al interrogatorio de parte que depuso el demandante, manifestó que la guadañadora y la peinilla eran de su propiedad y que las labores de cortar césped y rastrillo las realizaba cada mes, así como que el mantenimiento de la piscina demoraba una hora al día, además señaló que por la guadaña cobraba \$90.000 y por el arreglo de la finca \$180.000, tarifas que él fijaba por esos servicios, sin que nadie le controlara las actividades. Igualmente, expuso que su permanencia en la finca dependía del tiempo que le tomaba efectuar dichas labores y sus servicios se pagaban de manera individual y en los montos por él mismo establecidos.

A su vez, el promotor aceptó que no se le fijó una jornada específica, más allá del tiempo en el que estuvo a cargo la señora MARIELA GARCIA (q.e.p.d.), quien le solicitó arribar temprano según afirmó, para limpiar la piscina y que cuando era contratado para labores adicionales a las mencionadas, como arreglar tuberías o guadañar, para lo cual acordaba con la señora referida y las demandadas de acuerdo a su disponibilidad cuando, lo que se acompasa con lo descrito en el documento fechado el 3 de septiembre de 2016 de folio 121 del expediente, con el que concluyó que el servicio no era mensual.

De esta forma, la falladora de instancia adujo que le dio plena credibilidad a la testigo ANA JUDITH GAITÁN ALTAMAR, pues su versión fue concordante con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la de la testigo LETICIA MONTOYA TORRES, la cual constató que la aludida declarante asistía casi todos los días y permanecía prácticamente todo el día dependiendo de la ocupación del lugar, versiones que a su vez resultan coincidentes con el dicho del propio actor.

En ese estado de cosas, la Juez de primer grado determinó que se había desvirtuado la presunción de subordinación continúa frente al demandante, en tanto no estaba sujeto al control de una jornada estricta o a la permanencia dentro del bien inmueble, máxime que las tarifas eran fijadas por él actor, sin que existiera vigilancia o seguimiento sobre sus labores, de lo que se deriva la autonomía e independencia en los servicios contratados, los que pese a haberse desarrollado por un extenso periodo en el mismo lugar, de modo alguno implica *per se* la existencia de una relación laboral, absolviendo así a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y condenando en costas al extremo activo.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Indicó que en el acervo probatorio obra la citación efectuada ante el Ministerio del Trabajo en la cual la demandada MARIELA ULLOA GARCÍA reconoció la existencia de la relación laboral del actor con la madre de esta, señora MARIELA GARCÍA DE ULLOA, y las demandadas desde el año 2000 al 2018, lo que ratificaron los testigos que rindieron declaración en el plenario.

Adujo que de las manifestaciones de la testigo CAROLINA CHAVARRO, quien es medica ginecóloga y realizó su práctica en La Vega hacia 1999 y 2000 y vivió en el predio San Jorge con su abuela MARIELA GARCÍA, y de los dichos del testigo GONZALO GARCÍA, se puede establecer que el actor laboró en ese lugar y cumplía a cabalidad las órdenes que le eran impartidas. Además, el señor DONATO CASTRO observó que el demandante se encontraba trabajando en el lugar, situación que se ratifica con la declaración de la señora CAROLINA CHAVARRO, quien adujo que en el predio San Jorge se cumplían las órdenes impartidas por la señora MARIELA GARCÍA DE ULLOA, situación que fue corroborada por la testigo LETICIA MONTOYA, vecina de la propiedad, quien



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

adujo observar la llegada del actor al predio y que las demandadas le indicaban las labores que debía realizar, entre ellas, traer la manguera para suministrar agua a la piscina y su limpieza diaria.

A su turno, el testigo FIDELIGNO GARCÍA, quien era trabajador de la finca vecina, dio cuenta de las labores del actor e incluso refirió que en alguna ocasión le colaboró un sábado a realizarlas, demostrando así la subordinación respecto con las demandadas y la señora MARIELA GARCIA DE ULLOA, sin que se factible estimar que bajo otras modalidad hubiese sido contratado durante 18 años.

En cuanto a los trabajos adicionales que desarrolló el actor, se advirtió que los testigos fueron coincidentes en afirmar que era el mismo demandante quien realizaba esas labores por las cuales recibía un pago de \$180.000, siendo factible que desarrollaba tales funciones. Por último, precisó que el promotor del litigio tiene derecho al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión de forma proporcional al tiempo laborado, al igual que las prestaciones sociales, ya que quedaron demostrados los elementos del contrato de trabajo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si entre el demandante JESÚS RODRÍGUEZ PERACHICAN y las demandadas MARIELA ULLOA DE CHAVARRO y MARIA STELLA ULLOA GARCÍA, se constituyó un contrato a término indefinido, y en caso afirmativo, determinar si hay lugar a las condenas derivadas de este.

c. Del caso en concreto:

Es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste (sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras).

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de un verdadero contrato de trabajo, precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo¹, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas”.

En otro giro, cabe mencionar que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia SL15412-2017, Radicación No. 48937 de 30 de agosto de 2017 ha señalado sobre el valor probatorio de las conciliaciones fallidas, lo siguiente:

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Así lo establece diáfananamente el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en torno a la conciliación y esa regla es perfectamente extensible a las propuestas fallidas de transacción, como las que pone de presente la censura, porque para la Corte resulta apenas elemental que, en el marco de la negociación desarrollada en el ámbito de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para que la misma se desenvuelva en condiciones óptimas, las partes deben tener la confianza plena de que sus afirmaciones, propuestas y contrapropuestas, encaminadas a lograr una autocomposición del conflicto, no pueden ser malinterpretadas o reutilizadas en su propio perjuicio, en el curso de un proceso judicial posterior. Admitir lo contrario equivaldría a minar la confianza de las partes y pervertir los escenarios de autocomposición y negociación que promueve el Estado a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

“En la sentencia CSJ SL, 26 may. 2000, rad. 13400, reiterada en CSJ SL14850-2014 y CSJ SL17032-2014, esta sala de la Corte adoctrinó al respecto que:

“a) No todas las afirmaciones hechas por las partes en el discurrir de una conciliación constituyen confesión. En múltiples ocasiones se ha sostenido, y ahora se reitera, que las declaraciones del trabajador o las del empleador en el juego de ofertas y contrapropuestas, a cuyo objetivo se dirige el acto conciliatorio, sobre los hechos y razones que fundamentan sus posiciones para reclamar o rechazar un determinado derecho no constituyen confesión. Ello, en aras de propiciar que tanto el uno como el otro asistan con buen ánimo, amplitud y espontaneidad a discutir abiertamente los derechos controvertidos; de lo contrario, se verían ambos constreñidos a hacer renunciaciones, rebajas u ofrecimientos específicos, por el temor de ser declarado confeso respecto de puntos que para ellos eran discutibles;

“(…)

“c) en caso de resultar fallida la conciliación, ninguna de las afirmaciones vertidas en el acta puede ser esgrimidas como prueba de confesión de los hechos allí declarados por alguno de los intervinientes” (resaltado fuera de texto)”

En tal sentido, descendiendo al *sub-examine*, se tiene que se practicó interrogatorio de parte a la demandada MARIELA ULLOA GARCÍA, quien manifestó que sus padres eran propietarios de un predio llamado San Jorge en La Vega Cundinamarca, precisando que su madre MARIELA GARCIA DE ULLOA falleció 26 de mayo de 2013, además expuso que conoce al demandante y que desarrolló unas actividades para sus padres en la referida propiedad, como eran limpiar la piscina, para lo cual, entraba y salía a la hora que él disponía, y en algunos años se le pedía que podara la finca, lo cual hacía con sus propias herramientas y de manera libre.

Que por esas labores inicialmente le pagaban \$60.000, precio que el mismo accionante fijó y \$15.000 por rastrillar y la podada, incluso si arreglaba una llave o cortaba la cerca, lo cual consta en los recibos que se allegaron al proceso, actividades que hacía sin supervisión, lo que significa que el valor mensual era la suma de todas las actividades que desarrollara, mencionando que al final le terminaron pagando por la piscina \$90.000 y por la podada \$90.000, siendo él quien suministraba los elementos de trabajo y si alguien le ayudaba en las actividades, las cumplía en dos días.

Adujo que si su madre o ella tenían una necesidad en la casa, el actor efectuaba esas labores, previa consulta de si las podía arreglar, por lo que libremente entraba a hacer esos oficios, servicios que prestó hasta los primeros meses de 2018. Que no la consta la fecha en la que el actor inició con la prestación de esos servicios, sin confesar que se haya presentado una subordinación, en tanto aseveró que no tenía control sobre sus actividades.

La demandada MARIA STELLA ULLOA GARCIA mencionó que conoce al actor, en tanto sus padres eran propietarios del predio San Jorge ubicado en La Vega; expuso que no estaba enterada de cómo eran las labores que realizaba en ese lugar ni quién lo contrató. Relató que para 2018 quien administraba el bien era su hermana MARIELA ULLOA GARCÍAS; refirió que iba al predio de manera esporádica, y en algunas ocasiones observó al actor podar y limpiar la piscina, sin que le haya emitido orden alguna.

Por su parte, el demandante JESÚS RODRÍGUEZ PERACHICÁN, afirmó que en el predio de propiedad de la familia ULLOA GARCÍA realizaba la limpieza de la piscina, guadañaba, arreglaba la cerca y actividades de mantenimiento de la finca; aseveró que las demandadas le dieron una llave para que entrara al lugar y que él compraba los elementos que necesitaba para hacer los arreglos y luego le reembolsaban, además expuso que la madre de las demandadas nunca le impuso un horario y que hizo un acuerdo con ella para pagarle mensualmente por el arreglo de la piscina, además que ésta vivía allí, pero cuando falleció los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hijos venían cada mes y que por todo le pagan \$180.000, que los servicios como cortar la guadua se los pagaban a parte en \$150.000.

Igualmente, refirió que sabía que tenía que tener limpia la piscina sin que la demandada MARIELA ULLOA, se lo ordenara, y que a la señora MARIELA GARCÍA la conoció en el año 2000, quien le pidió que le ayudara con el mantenimiento de la finca y del hotel en labores varias; que no le controlaban las actividades que realizaba, reiterando que él fijaba el precio por las labores y que la testigo LETICIA MONTOYA veía cuando él llegaba y ANA JUDITH GAITÁN iba a la finca a lavar los tendidos; finalmente, que después del año 2013 se entendía con las demandadas por las labores adicionales que estaban sujetas su disponibilidad.

El testigo FIDELIGNO GARCÍA VARGAS indicó que es amigo del actor hace más de 30 años y que conoce a las demandadas, constándole que prestó sus servicios en el predio de las accionadas en oficios varios como guadañar y podar césped, entre otras; refiere que nunca observó a la señora MARIELA GARCÍA dándole instrucciones al demandante de cómo realizar esas labores, y no le consta cómo eran los acuerdos de pago que tenían o qué clase de contrato habían pactado; señaló que por su experiencia personal las labores de limpieza de la piscina pueden ser desarrolladas cada tres o cuatro días, y que el demandante para hacer sus labores suministraba las herramientas.

A su turno la testigo ANA JUDITH GAITÁN ALTAMAR refirió que laboró desde 2007 hasta el 2017 con la demandada MARIELA ULLOA GARCÍA y que conocía al accionante al prestar el servicio en la finca San Jorge, guadañando, arreglando la piscina y haciendo otros oficios; que no tenía un horario fijo; que las actividades no eran continuas y no implicaban su presencias todos los días, realizando lo encomendado según su disponibilidad.

La testigo LETICIA MONTOYA TORRES, señaló que es vecina del predio San Jorge y llegó a dicho lugar en el año 2008; indicó que conoce a las partes desde los años 2010 o 2011. En cuanto al demandante, refirió que arreglaba la piscina unas tres veces por semana y lo escuchaba cuando estaba guadañando cada mes y medio, sin que haya observado que se impartieran órdenes.

De otra parte, mencionó que el accionante también guadañaba y hacía la limpieza en el predio en el que ella habitaba, y que a veces los hijos del dueño del lugar lo contrataban por \$20.000 o \$25.000 y que el precio lo establecía el actor.

El testigo GONZALO ELEAZAR ULLOA NIETO señaló que conoce al demandante porque iba en vacaciones de mitad de año y diciembre al predio San Jorge de propiedad de su abuela MARIELA GARCÍA DE ULLOA. Indicó que tenía presente que el actor acordó con ella el tema del mantenimiento, pero nunca vio que le diera órdenes, agregando que iba en las tardes a la finca a ponerle cloro a la piscina y la aspiraba por espacio de veinte minutos, ya que su abuela se bañaba en horas de la mañana y que si tenía alguna actividad que realizar, la efectuaba y se retiraba; igualmente precisó que la piscina se aspiraba una vez por semana.

De la misma forma, sostuvo que hasta el año 2018 requirieron los servicios del actor, pues su tía le dijo que no era necesaria una persona para el mantenimiento de la piscina por cuanto estaba desocupada, desconociendo los términos del finiquito del vínculo con el promotor del litigio.

Entre tanto, la testigo CLARA INÉS RODRÍGUEZ LEMUS quien es hija del demandante, dijo que conoció a la señora MARIELA GARCÍA DE ULLOA cuando tenía 10 años y que su padre le comentó que en el año 2000 hicieron un contrato verbal para trabajar en la finca; que su padre madrugaba todos los días a limpiar la piscina, relató que después 2008 se fue a vivir a otro lugar, por lo que posteriormente no frecuentaba la finca y que en alguna ocasión acompañó a su padre a limpiar la piscina.

Dijo no saber cómo era la jornada de trabajo de su padre y que el tiempo requerido para el mantenimiento de la piscina era de hora u hora y media, y que después de limpiar, en algunas ocasiones la señora MARIELA GARCÍA le decía al actor que se debía hacer alguna otra actividad, destacando que su padre era quien llevaba la guadaña y que los elementos restantes se los suministraban en la finca, y que él le comentó que le pagaban \$180.000 mensuales.

Expuso que la señora LETICIA MONTOYA vive al lado de la finca, pero no sabía que su padre guadañaba la finca en donde ella residía. Adicionalmente, señaló que no vio que al actor le hicieran llamados de atención, ello haciendo referencia a las labores que desarrollaba en la finca de las demandadas. Expuso que la señora MARIELA GARCÍA DE ULLOA falleció en el año 2013, y que después de eso su padre continuó ejecutando las mismas labores, ya que la demandada MARIELA ULLOA le dijo a su progenitor que se debía estar pendiente de la piscina, sin decirle exactamente lo que tenía que hacer, desarrollando esas actividades hasta enero de 2018, cuando dicha enjuiciada le dijo que ya no tenía dinero para contratar sus servicios.

En su declaración la testigo CAROLINA CHAVARRO ULLOA, hija de la demandada MARIELA ULLOA GARCÍA, aseguró que conoce al demandante porque él trabajaba en el almacén donde trabajaba su abuela y que en septiembre de 1999 llegó a vivir a la finca; que el actor ponía químico a la piscina y luego se iba, y cuando existía la necesidad, realizaba poda de árboles, sin que haya asistido de forma permanente.

Señaló que su después del año 2013 su madre se hizo cargo de la organización de la finca, por tanto, el mantenimiento requerido no era el mismo pues la finca es pequeña. Señaló que se enteró de la terminación de la prestación de los servicios del demandante porque se dejó de utilizar la finca.

El testigo DONATO ENRIQUE CASTRO DÍAZ, dijo ser amigo del demandante hace 22 años y que arregló a las demandadas algunos electrodomésticos. Adujo que el actor trabajó desde el año 2000, y que aquel le comentó que trabajaba con la madre de las demandadas; que estuvo en cuatro o cinco ocasiones en la fina hace tres o cuatro años. Refirió que vio al actor podando el césped, limpiando la piscina o los tubos de la plomería, además, expuso que no tenía conocimiento de la interacción que había entre las accionadas y el actor, desconociendo el tipo de contrato y la forma de pago acordada entre las partes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, la testigo ANA PATRICIA NIETO SABOGAL, señaló que es cuñada de las demandadas y las conoce hace cuarenta años. Igualmente, dijo que conoció al actor porque vivió un tiempo en La Vega y que él limpiaba la piscina de una casa quinta que está ubicada en ese municipio, a la cual ella iba una vez al mes, lugar al que el actor podía entrar y salir cuando disponía, precisando que nadie supervisaba lo que él hacía.

Bajo ese escenario, y en punto de los argumentos esgrimidos en su alzada por la parte actora, relacionados con la validez que se le debe imprimir a los aseveraciones expuestas por la demandada MARIELA ULLOA GARCÍA en la audiencia de conciliación que se adelantó ante el Ministerio del Trabajo, sobre la aceptación de la existencia de la relación laboral con el actor desde el año 2000 al 2018, debe indicar la Sala que conforme la jurisprudencia traída a colación en precedencia, no es factible extraer confesión alguna de la conciliación fallida que llevaron a cabo el actor y la aludida accionada el 27 de agosto de 2018 ante el Inspector del Trabajo (Fl. 7), en tanto las afirmaciones contenidas en dicho documento, de modo alguno pueden ser acogidas como medio de convicción, pues aceptar lo contrario conllevaría a aplicar consecuencias adversas a las partes en contienda cuando no se llega a un acuerdo, desdibujando la esencia de los mecanismos de autocomposición y negociación que permiten la solución de conflictos.

Ahora bien, la Sala colige que le asiste razón a la falladora de primer grado, pues si bien al analizar en conjunto las pruebas aportadas al trámite procesal, luce palmaria la prestación del servicio por parte del actor a favor del extremo pasivo, se desvirtuó que la misma se haya desarrollado de manera subordinada, como se pasa a considerar.

En efecto, afirma el promotor del litigio en el escrito genitor que celebró un contrato verbal de trabajo el 10 de enero de 2000, para desempeñar el cargo de oficios varios en el predio San Jorge ubicado en el municipio de La Vega, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 12:00 p.m. y los domingos y festivos de 6:00 a.m. a 10:00 a.m., con descanso los miércoles, percibiendo un salario mensual de \$180.000, vínculo que finalizó el 5 de enero de 2018 de manera unilateral por parte de las encartadas.

Al respecto, se tiene que en las declaraciones de las partes se puede extraer que el actor prestó sus servicios al interior del predio San Jorge ubicado en el Municipio de La Vega de propiedad de los padres de las demandadas, en labores como la limpieza de la piscina, poda de césped y árboles, mantenimiento de cercas, entre otros oficios, y que esas actividades las desarrolló según acuerdo efectuado con la señora MARIELA GARCIA DE ULLOA (q.e.p.d.), madre de las enjuiciadas, quien falleció en el año 2013; aspectos que fueron corroborados por los testigos.

Adicionalmente, no puede olvidarse que el demandante JESÚS RODRIGUEZ PERACHICÁN, en su declaración afirmó que la labor de la conexión de la manguera a la piscina era esporádica y que el servicio de guadaña se daba cada mes o cada dos meses, adicionalmente que él llevaba la guadaña para ese oficio. Que contaba con llaves para entrar al predio San Jorge y nunca se le impuso un horario, por lo que al terminar los oficios se iba y nadie controlaba lo que él hacía; además que las partes acordaron un pago mensual de acuerdo con las tarifas por él establecidas y la ejecución de las labores estaban sujetas su disponibilidad, lo que se acompasa con los pagos obrantes a folios 64 a 172.

Situaciones que no difieren de las relatadas por la deponente CLARA INÉS RODRÍGUEZ LEMUS quien es hija del promotor del litigio e indicó que el tiempo requerido para el mantenimiento de la piscina era de una hora u hora y media, y la actividad de cortar las hojas de los árboles, arreglar la cerca o recoger las hojas, no se daba todos los días, confirmando que su padre era quien llevaba la guadaña y que no vio que le hicieran llamados de atención.

Relato que guardan consonancia con lo expuesto por la testigo ANA JUDITH GAITAN ALTAMAR, quien corroboró que el accionante no tenía un horario fijo, situación que corroboró la testigo LETICIA MONTOYA TORRES.

De otra parte, el testigo GONZALO ELEAZAR ULLOA NIETO afirmó que nunca observó que se impartieran órdenes, relato que fue conteste con lo narrado por la testigo CAROLINA CHAVARRO ULLOA, al señalar que nadie supervisaba las actividades.

Por último, de las declaraciones de los testigos FIDELIGNO GARCIA VARGAS y DONATO ENRIQUE CASTRO DÍAZ, si bien se puede establecer la prestación de servicios por parte del demandante en oficios varios en la finca San Jorge, lo cierto es que en manera alguna les consta que se hayan emitido órdenes, relatando no constarles los términos de la contratación.

En esa medida, de las probanzas arrojadas al plenario se advierte que el promotor no prestaba sus servicios al extremo pasivo de manera ininterrumpida y bajo continua subordinación, de acuerdo con las versiones del propio accionante, lo que guarda congruencia con las afirmaciones de los testigos que dieron cuenta que las labores realizadas por éste no eran continuas, y además eran efectuadas de manera autónoma e independiente ya que no cumplía un horario, no recibía instrucciones de cómo desarrollar esas actividades, las cuales podía realizar cuando a bien lo tuviera, labores que eran retribuidas con las tarifas que el promotor establecía de acuerdo a los oficios que realizara, a lo que se suma que tampoco se emitían llamados de atención, de ahí que se desvirtuó la subordinación, elemento esencial del contrato de trabajo, conforme a lo previsto en el artículo 22 del C.S.T., tal como lo señaló la juez de instancia.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el 17 de noviembre de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 **10 2016 00645 02**
Demandante: CARLOS ALBERTO OBREGOZO JIMENEZ
Demandado: JHON JAIRO TORRES TORRES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS ALBERTO OBREGOZO JIMÉNEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra del señor JHON JAIRO TORRES TORRES, con la finalidad que se declare que celebraron un contrato de prestación de servicios profesionales, pese a lo cual omitió cancelar los honorarios desde el 15 de febrero de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, se condene al demandado a pagar por concepto de honorarios profesionales la suma de \$1.200.000.000, junto con intereses de mora sobre la suma adeudada desde el 16 de febrero de 2016 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo que en octubre de 2015 las partes acordaron la prestación de servicios profesionales en la cual el actor se obligaba a prestar asesoría como abogado al demandado, quien para ese momento se encontraba detenido, acuerdo que se protocolizó con el poder que otorgó el encartado el 12 de noviembre de 2015 y cuyo objeto era la representación dentro del proceso que se adelantaba en contra de este en el Juzgado Tercero de Yopal y hasta que se lograra la libertad, situación que surgió notoria por las declaraciones del enjuiciado ante los medios de comunicación.

Adujo que como contraprestación del servicio el demandado se obligó a pagar la suma de \$1.200.000.000, y que la labor fue ejecutada por el promotor del litigio de manera personal, atendiendo las instrucciones del accionado, sin incumplimiento alguno en la prestación del servicio. Asimismo, señaló que el convocado a juicio el 10 de febrero de 2016 emitió un comunicado a la opinión pública en el que confirma lo atinente al contrato pactado entre las partes. Sin embargo, el día 16 de febrero de 2016 realiza una revocatoria tácita del poder otorgado al demandante, razón por la cual le envía una liquidación de honorarios.

Por último, refirió que a la fecha el accionado no ha cancelado la labor desempeñada, pese a los múltiples requerimientos de cobro y solicitudes de conciliación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado señor JHON JAIRO TORRES TORRES contestó la demanda a través de curador *ad litem*, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que se atenía a lo que resultara probado en el trámite procesal.

Formuló como excepción la que denominó genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, absolvió al demandado de las pretensiones elevadas en su contra por el demandante CARLOS ALBERTO OBREGOZO JIMÉNEZ.

Para arribar a dicha conclusión, trajo a colación el artículo 2142 del C.C., que regula lo atinente al contrato de mandato, seguidamente memoró que aplicó las consecuencias establecidas en el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., respecto de los hechos que 1, 2, 4, 5 y 8 de la demanda. Además, declaró confesión ficta ante la inasistencia del extremo pasivo al interrogatorio de parte, sobre las preguntas del cuestionario escrito que aportó la parte actora, enlistadas en los numerales 1, 2, 6, 9, 10 y 11, y de forma parcial sobre las referidas en los numerales 3, 5 y 8 con las precisiones que señaló al *a-quo* al respecto.

Destacó de las confesiones fictas que, encontró probado que entre las partes se pactó un contrato verbal de servicios profesionales de abogado en octubre de 2015 y que el demandado otorgó poder para su representación según consta a folio 3, dirigido al Juzgado Tercero Penal del Circuito sin precisar la ciudad, el cual fue recibido el 13 de noviembre de 2015, y que el accionado otorgó poder al actor y al abogado JONATHAN ANDRÉS GRANADOS PALACIOS, precisando que no le dio poder a una firma de abogados; no obstante, estar firmado por los dos abogados, no se puede extraer del referido mandato cuál de los dos togados actuó a favor del convocado a juicio.

Igualmente, mencionó que se allegó poder otorgado por el demandado al citado abogado y al promotor del litigio, el cual se radicó en el Centro de Servicios del Sistema Penal el 20 de noviembre de 2015, el cual no está suscrito por los abogados y tampoco se pueda establecer quien hizo uso del poder, según se colige del folio 76 del expediente digital. En cuanto a los honorarios pactados por las partes, dijo que según el hecho segundo de la demanda los servicios se referían a un proceso que se llevaba a cabo en el Juzgado Tercero de la ciudad de Yopal, sin especificar la especialidad y el número del proceso, además de las obligaciones que adquiriría el actor, pues solo hacía alusión a una defensa técnica en términos generales, sin aclarar ante qué juzgados, procesos y actividades debía efectuar el actor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre los comunicados que se allegaron con la demanda, en los cuales se dice que el alcalde de Yopal reconoce el no pago de sus honorarios, expuso que de esas probanzas no se puede corroborar con exactitud los medios de los cuales provienen esas informaciones, las que además son efectuadas por terceros, mismas en las que se alude al abogado JONATHAN GRANADOS, como integrante de la firma de abogados del abogado CARLOS OBREGOZO y se dice que le dio poder a una firma para su defensa, comunicados en los cuales no se acepta que le dio poder al actor, sino a una firma, recordando que en este proceso el demandante actúa en nombre propio y no de una firma de abogados, comunicados que no son hechos notorios por cuanto no provienen del demandado.

De otra parte, sostuvo que en los hechos de la demanda se dijo que al actor le fue revocado el poder el 15 de febrero sin precisar de qué año, además se allegó comunicación dirigida al accionado suscrita por el actor en calidad de representante legal de la firma OBREGOZO Y POSADA ABOGADOS, para que el accionado confirme si deben continuar como apoderados del enjuiciado, a la que se anexa cuenta de cobro por \$1.200.000.000, con el mismo logo de la citada firma de abogados, los cuales cuentan con recibido de 25 de febrero de 2016 por parte de una persona de la cual no se pudo establecer su vínculo con el accionado; documentos de los cuales no se indica que le adeude al actor, sino a la firma de abogados en comento.

Acorde con lo anterior, señaló la juez de instancia que se desvirtuó que fuera el actor quién prestó sus servicios al encartado, pues de la cuenta de cobro se refiere que se le adeudan a la firma de abogados antes mencionada, de la cual actúa como representante. En cuanto a los poderes que se allegaron, no pudo establecer quién radicó ante los despachos judiciales y cuáles fueron las actuaciones del actor en el proceso del Juzgado Tercero Penal del Circuito, pues si bien se sabe por hechos notorios que en algún momento el accionado recuperó la libertad, no es claro si fue por actuaciones del promotor.

Destacando que ni siquiera se pudo determinar cuál fue el proceso en el que actuó y las funciones que debía desplegar, recordando que en el hecho segundo (2) de la demanda no se precisa la especialidad del Juzgado en el que actuó, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

lo que se suma que existió otro apoderado como se avizora de los poderes en cuestión, quedando desvirtuada una prestación de servicios por parte del actor.

Lo anterior, en atención a que el accionante no menciona una prestación de servicios por parte de una firma de abogados, de la cual efectúa cobros como representante legal, misma conclusión a la que arriba respecto a los documentos que reposan a folios 75 a 108, relacionados con las actuaciones que se surtieron ante la Fiscalía y el Juzgado Tercero del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Bogotá, de las que además no se evidencia actuación alguna por parte del actor. Concluyendo así, que el promotor del litigio no probó que haya prestado sus servicios al demandado y menos aún, que se le adeude la suma de \$1.200.000.000 por servicios profesionales prestados, por lo que absolvió al enjuiciado de las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Adujo que los jueces en sus providencias están sujetos a la ley conforme lo regulado en el artículo 230 de la C.P., pues en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se dieron por confesos los hechos de la demanda 1, 2, 4, 5 y 8, los que están amparados por prueba en contrario, las que a la fecha no se allegaron al plenario; por ende, resultan desafortunadas las apreciaciones de la falladora de origen, quien utilizó las pruebas que el mismo actor aportó con la demanda para tomar su decisión, sin tener en cuenta la conciliación a la que fue citado al accionado el 21 de abril de 2016, a la cual no asistió a pagar los honorarios adeudados, lo que es una prueba dicente del comportamiento del encartado, en consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si al demandante CARLOS ALBERTO OBREGOZO JIMÉNEZ le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales como consecuencia de la representación que argumenta haber ejercido para con el demandado JHON JAIRO TORRES TORRES.

c. De los Honorarios:

El trabajo, en nuestro sistema jurídico, goza de una amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

El Constituyente, sin embargo, no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios independientes, pues la segunda corresponde a una de las múltiples formas de la contratación particular, la cual no puede ser asimilada al contrato de trabajo, ya que tiene alcances jurídicos distintos.

Así, cuando quiera que se trate de la prestación de servicios de abogacía, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2142 del C.C, el cual prevé:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

De otra parte, el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

De cara a lo indicado, deviene lógico referir que cuando quiera que una persona perdiga el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde acorde las reglas de la carga de la prueba, acreditar además del poder que le fuere conferido, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo y si precisa que le sea reconocida una suma determinada por concepto de honorarios acorde lo pactado con su poderdante, es lógico que acredite el mentado pacto y la suma o porcentaje acordado por concepto de honorarios, así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL4902-2021, con Radicación No. 44925 de 22 de septiembre de 2021, en la que sostuvo:

“Acorde con dichos planteamientos, lo primero que debe indicar la Sala, es que contrario a lo manifestado por el actor, la acción se instauró para que se declarara el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios, es decir, un proceso declarativo, en el que, con las pruebas aportadas por el interesado, conforme con el principio general de la carga de la prueba, prevista en el artículo 177 del CPC -hoy artículo 167 del CGP- debe demostrar que: i) celebró un contrato para una gestión determinada, partiendo de la base que a las partes ha quedado la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, y si existe ese pacto, aquél se erige en la fuente que normalmente define la controversia generada, en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato; ii) que esta fue realizada y, iii) que conforme con las reglas o clausulado celebrado entre las partes, se tasó un reconocimiento monetario.”

De otra parte, cabe memorar que el Alto Tribunal ha sostenido que la confesión ficta prevista en el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., es una presunción legal que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

admite prueba en contrario, así lo expuso en sentencia SL1760-2020, con Radicación No. 50484 de 10 de junio de 2020:

“Respecto de los yerros fácticos que la censura le atribuye al juez colegiado, en cuanto a que desatendió la confesión ficta a la que se hizo merecedora la entidad enjuiciada, en aplicación del artículo 77 del CPL, por no comparecer a la audiencia de conciliación, corresponde decir que ciertamente a fl. 64 del plenario está la declaración de tener por ciertos los hechos 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 19, 20, 22, 23 y 24 de la demanda, susceptibles de confesión, por la inasistencia del representante legal de la pasiva a la audiencia de conciliación, en aplicación del artículo 77 del CPL. Sin embargo, es de recordar por la Sala que esta presunción de certeza, como toda presunción legal, puede resultar desvirtuada con las demás pruebas que obren en el expediente.”

Postura que ha sido reiterada por el órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia SL4323-2021 con Radicación No. 81602 de 22 de septiembre de 2021, en la que indicó:

“No sobra agregar, que la confesión ficta constituye una mera presunción legal o «iuris tantum», la que admite prueba en contrario, como también lo dijo recientemente la Sala en la sentencia antes mencionada, en la que precisó: «si la Sala la tuviera por válida también es de resaltar que de conformidad con el artículo 201 ibídem, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, CSJ SL 39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017), en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, reiterada en la CSJ SL13572018)».”

Frente al valor probatorio de las conciliaciones fallidas, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia SL15412-2017, Radicación No. 48937 de 30 de agosto de 2017, lo siguiente:

“Así lo establece diáfananamente el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en torno a la conciliación y esa regla es perfectamente extensible a las propuestas fallidas de transacción, como las que pone de presente la censura, porque para la Corte resulta apenas elemental que, en el marco de la negociación desarrollada en el ámbito de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para que la misma se desenvuelva en condiciones óptimas, las partes deben tener la confianza plena de que sus afirmaciones, propuestas y contrapropuestas, encaminadas a lograr una autocomposición del conflicto, no pueden ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

malinterpretadas o reutilizadas en su propio perjuicio, en el curso de un proceso judicial posterior. Admitir lo contrario equivaldría a minar la confianza de las partes y pervertir los escenarios de autocomposición y negociación que promueve el Estado a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En la sentencia CSJ SL, 26 may. 2000, rad. 13400, reiterada en CSJ SL14850-2014 y CSJ SL17032-2014, esta sala de la Corte adoctrinó al respecto que:

(...)

c) en caso de resultar fallida la conciliación, ninguna de las afirmaciones vertidas en el acta pueden ser esgrimidas como prueba de confesión de los hechos allí declarados por alguno de los intervinientes” (resaltado fuera de texto)”

d. Del caso en concreto:

Descendiendo al *sub-examine*, encuentra la Sala que el promotor de la litis reclama la declaratoria de un contrato de prestación de servicios profesionales con el extremo pasivo, junto con el consecuente pago de los honorarios dejados de cancelar por su gestión como abogado desde el 15 de febrero de 2016, los cuales ascienden a \$1.200.000.000.

Al respecto, señaló la falladora de primer grado que en el trámite procesal había dado aplicación a las consecuencias reseñadas en el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., respecto de los hechos 1, 2, 4, 5 y 8 de la demanda, ante la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación, encontrando así que las partes acordaron de forma verbal la prestación de servicios profesionales como abogado por parte del accionante en octubre de 2015, a razón de lo cual el demandado otorgó poder al demandante y al abogado JONATHAN ANDRÉS GRANADOS PALACIOS para actuar ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito, escrito que fue radicado el 13 de noviembre de 2015 (Fl. 3); sin embargo, no obstante estar firmado por los dos abogados, no se podía extraer del aludido documento cuál de los dos había actuado a favor del convocado a juicio, a lo que se suma que algunas gestiones al parecer se habrían desarrollado a través de una firma de abogados y no directamente por el demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con tal decisión, el actor expuso en su alzada que los jueces en sus providencias están sujetos a la ley, según lo normado en el artículo 230 de la C.P., máxime cuando en el presente asunto, se había dado por confesos los hechos de la demanda 1, 2, 4, 5 y 8, sin que exista prueba que desvirtúe las situaciones fácticas allí narradas.

Bajo ese escenario, y en punto de los argumentos expuestos por el apelante, debe recordar la Sala respecto a la confesión ficta que declaró la *a-quo* sobre los hechos 1, 2, 4, 5 y 8 de la demanda; que conforme la jurisprudencia traída a colación anteriormente, al tratarse de una presunción legal, es posible desvirtuarla con las demás pruebas que obren en el expediente, pues el Juez del trabajo no está atado a una tarifa legal de pruebas, de ahí que le sea factible dar mayor valor a unas pruebas en perjuicio de otras, tal como lo hizo la juzgadora de primer grado.

En esa medida, este Juez Colegiado procede a remitirse a los hechos 1, 2, 4, 5 y 8 de la demanda, a efectos de examinar si la *a-quo* incurrió en el yerro que se le endilga, encontrando que los mismos señalan:

1. *“Con fecha Octubre de 2015 entre mi poderdante Señor CARLOS ALBERTO OBREGOZO JIMENEZ, y el señor JHON JAIRO TORRES TORRES, se acordó la prestación de servicios profesionales a través del cual se obligaba el primero a prestar la asesoría profesional de Abogado al demandado quien en ese momento se encontraba preso.*
2. *El acuerdo de voluntades se protocolizó con el poder otorgado por el demandante, el día 12 de noviembre de 2015, y cuyo objeto era la representación dentro del proceso que se adelantaba en su contra en el Juzgado Tercero de Yopal, y hasta que se lograr la libertad.*
4. *Como contraprestación al servicio prestado por el Señor CARLOS ALBERTO OBREGOZO JIMENEZ, el demandado se obligó a pagar la suma de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE (\$1.200.000.000) pesos moneda corriente, pagaderos por concepto de honorarios.*
8. *A la fecha el señor JHON JAIRO TORRES TORRES no ha cancelado a mi representado por la labor desempeñada incumpliendo de esta manera el contrato de prestación de servicios.”*

Acorde con lo anterior, al proceder al escrutinio de las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra poder dirigido al Juez Tercero Penal del Circuito de Yopal (Fl. 3), otorgado por el demandado a los abogados JHONATAN ANDRES



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

GRANADOS PALACIOS y CARLOS ALBERTO OBREGOZO JIMÉNEZ, actuando el primero como apoderado principal y el segundo como su sustituto, el cual fue radicado el 13 de noviembre de 2015 ante esa dependencia judicial, documento del cual no se puede corroborar el proceso al que iba dirigido, ni cuál de los dos togados efectuó las labores para las cuales se le encomendó el mandato, pues como vino de verse en los hechos de la demanda no se detallaron esos aspectos, los que a todas luces son relevantes a fin de establecer con precisión la gestión de quien pretende reclamar el pago de honorarios por servicios profesionales.

Situación que persiste con el mandato obrante a folio 53, dirigido al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, radicado el 20 de noviembre de 2015, el que si bien esta suscrito por el enjuiciado, no lo está por parte de los mencionados abogados.

De otra parte, de los documentos que obran a folios 4 a 10 del plenario, los que refieren a un comunicado emitido por el actor y un artículo de prensa que da cuenta de las denuncias del abogado JHONATAN GRANADOS sobre la relación contractual con el accionado, probanzas de las que no se puede constatar que provengan del accionado, como tampoco se puede determinar, como lo expuso la Juez de primera instancia, que el actor haya fungido como abogado del demandado y hubiese efectuado gestión alguna a favor de éste, pues lo que se señala en tales escritos, es que el actor dio poder a la *“firma de abogados del Dr. Carlos Obregozo”*, de lo cual no es dable extraer que en virtud del mismo se adeude la suma alegada.

En cuanto a la comunicación dirigida al convocado a juicio el 15 de febrero de 2016 (Fl. 11), la cual está suscrita por el promotor del litigio en calidad de Representante legal de la firma OBREGOZO & POSADA - ABOGADOS ASOCIADOS, en la que se le solicita al accionado informe si ese bufete de abogados continua o no con la defensa de sus intereses en el proceso por el delito de urbanización ilegal, el que cuenta con recibido de 25 de febrero de 2016 por parte de Yuliana Andrea Rangel, persona de la cual no se tiene claridad de su relación con el extremo pasivo, situación que se repite en la cuenta de cobro que dirige el demandante al demandado en calidad de



Representante Legal de la citada firma de abogado, y no a *motu pro prio* (Fl. 12).

Respecto al escrito dirigido al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, el cual está suscrito por el demandado y cuenta con radicado de 20 de noviembre de 2015 (Fl. 153 a 154), lo que se observa es que si bien reitera que otorgó poder al abogado JHONATAN ANDRES GRANADOS PALACIOS como abogado titular y como su sustituto al actor, también lo es, que quien ejerció la defensa del demandado, según el acta de audiencia celebrada en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal Casanare el 28 de diciembre de 2015, fue GRANADOS PALACIOS, corroborando una vez más la falta de gestión en defensa de los intereses del accionado por parte del actor, pues como ya se dijo al parecer actuaba a nombre de una firma de abogados y no a nombre propio, como lo sostuvo en la demanda.

Así las cosas, como lo concluyó la falladora de instancia, colige esta Colegiatura que en efecto con las referidas probanzas quedaron infirmados los hechos que en principio fueron amparados por los efectos de la confesión ficta, situación que como vino de verse era perfectamente viable, quedando así desvirtuada cualquier aseveración del promotor relacionado con supuesta relación contractual como la que aquí se reclama entre las partes. Máxime cuando *a contrario sensu* a lo aducido por el apelante, no se pueden aplicar consecuencias adversas a la conciliación a la que fue citado el encartado en abril de 2016 (Fl. 56 a 58), la que por demás fue fallida ante la inasistencia de aquel, sin que de ello se desprenda consecuencia alguna como lo solicita el demandante, conforme lo ha expuesto el órgano de cierre de esta especialidad.

Acorde con lo anterior, del análisis del acervo probatorio no se pudo concluir de manera fehaciente que el actor en su calidad de abogado del demandado haya llevado a cabo acciones y gestiones en beneficio de este en proceso judicial alguno, por lo que no le queda otro camino a esta Corporación que confirmar la decisión de la falladora de instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 12 2020 00404 00
Demandante: DELIA MARÍA BARRERA PÉREZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., marzo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVERNIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 3 de febrero del año 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DELIA MARÍA BARRERA PÉREZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que previo trámite judicial correspondiente, se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, en tanto la AFP incumplió con el deber legal de información; por lo cual, para todos los efectos jurídicos, la parte actora ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a la devolución de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que se encuentren en poder de la administradora, ordenando a su vez a COLPENSIONES reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como actualizar y corregir la historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 22 de abril de 1959; que hasta el 5 de marzo de 1999 estuvo afiliada al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, cotizando para varios empleadores; que con ocasión a una campaña de desinformación por parte de la AFP, suscribió el formulario de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, acto jurídico realizado por conducto de la AFP PORVENIR S.A.

Refiere que al momento del traslado a la AFP PORVENIR S.A., el asesor comercial no le informó las condiciones que tenía que cumplir tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para acceder a una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte, aunado a esto, no le mencionó ni informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual por lo que omitió información de las condiciones para lograrlo y cuál era la opción más conveniente para su futuro pensional.

Finalmente, que se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR S.A. desde agosto de 1999, sin haber recibido durante todo el tiempo que ha realizado cotizaciones a dicho fondo una asesoría por el personal capacitado que debe tener estas administradoras de pensiones, sobre cuál sería su futuro al llegar a la edad de disfrutar su pensión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, en atención a que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que la AFP PORVENIR S.A. no constriñó su decisión ni la obligó a trasladarse del régimen de Prima Media con Prestación Definida; de igual modo, refiere que la accionante a la fecha de la admisión de la demanda conserva una edad de 61 años dado que nació el día 22 de abril de 1959, y por ende se encasilla en la prohibición de consagrada en la Ley 797 de 2003.

Propuso como medios exceptivos los de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones.

Asimismo, PORVENIR S.A. contestó la demanda, haciendo alusión a que la afiliación realizada por la demandante es completamente válida, conclusión a la que se arriba en la medida que no aporta prueba que permita concluir que su traslado de régimen pensional se dio por incumplimiento del deber de información. Asimismo resalta que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría tanto para sus afiliados como para el público en general; en igual forma se aclara que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado con la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente.

Formuló excepciones de fondo de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de febrero del año 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Señora DELIA MARÍA BARRERA PÉREZ, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1 de mayo de 1999 a través de COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., y la declaró vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos; a su vez ordenó a COLPENSIONES recibir a la afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a actualizar la historia laboral.

Como fundamento de la decisión señala que la AFP accionada no acreditó el cumplimiento del deber de información, carga probatoria que se encuentra a su cargo, de conformidad con lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que tal deber se extraiga de la simple suscripción del formulario de afiliación.

De igual manera, que al no cumplir la accionada con el *onus probandi* que le correspondía, apareja como consecuencia el declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, con la respectiva devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico y con destino a COLPENSIONES, en tanto la vinculación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se mantiene de manera ininterrumpida.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación en el que señala que se deben analizar las particularidades de cada caso en particular; de igual manera, que no se acumularon causales suficientes para la declaratoria de ineficacia del traslado, en tanto en el interrogatorio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

parte la accionante no dio cuenta de las asesoría brindada, y lo cierto es que los asesores comerciales de PORVENIR S.A., en su momento COLPATRIA, proporcionaron información clara y suficiente de manera verbal al realizar el protocolo de afiliación, actuando siempre de buena fe, máxime que para la fecha del traslado no se encontraba vigente la obligación de doble consejo.

De otra parte, se opone al traslado de los gastos de administración, en tanto los rendimientos financieros solo se predicen en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y las sumas fueron destinadas a las aseguradoras, por lo cual se desconocerían las restituciones mutuas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para abordar el problema jurídico planteado, se ha de tener en cuenta que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, en el presente proceso se allega el formulario de afiliación que suscribió la parte actora el 5 de marzo de 1999, con efectividad del 1º de mayo de 1999, a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde



la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Del interrogatorio de parte practicado al accionante no se colige que haya confesado estar debidamente informado, por el contrario, manifestó que se presentaban multiplicidad de asesores comerciales en el lugar de trabajo, quienes ofrecían ciertas garantías por el cambio de régimen pensional, a pesar de ello, manifiesta no tener conocimiento sobre ningún asunto concerniente al estado de su afiliación, tales como rendimientos financieros, requisitos para acceder a la pensión, proyección o simulación pensional.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas	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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, 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 regímenes 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 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Por lo tanto, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., respecto de la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al tenerse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP PORVENIR S.A. no realice la devolución de los gastos de administración, ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 3 de febrero del año 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **14 2017 00526 01**
Demandante: SILVIA PATRICIA CASTIBLANCO BERMÚDEZ
Demandado: LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SILVIA PATRICIA CASTIBLANCO BERMÚDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del señor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO, a fin que se regulen sus honorarios profesionales, de ahí que pretende se le ordene al demandado cancelar la suma de \$3.200.000.000 correspondientes al 20% del avalúo comercial del inmueble motivo del contrato de prestación de servicios, junto con el pago de intereses moratorios de la suma líquida del monto adeudado, indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que en la ciudad de Bogotá el 26 de enero de 2015 suscribió contrato de prestación de servicios como abogada del señor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO, relación contractual que consistió en realizar un estudio jurídico profesional y presentar todos y cada uno de los trámites necesarios ante el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI a fin de la reactivación del predio de propiedad del encartado denominado La Cecilia, ubicado en el Municipio de Chipaque con Matrícula Inmobiliaria 152-43378 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cáqueza, como quiera que el mismo no reportaba cédula catastral.

Que el 28 de abril de 2016 suscribió un segundo contrato de prestación de servicios como abogada con el demandado, en el que se comprometía a presentar acción de tutela en contra del INCODER, ya que el referido predio con Matrícula Inmobiliaria No. 152-43378 ostentaba medida cautelar por procesos de clarificación de propiedad, así como representar al encartado ante la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ASEO DE BOGOTÁ brindando acompañamiento y asesoría legal ante la propuesta de compraventa del predio referido, instaurar acciones necesarias a fin de lograr indemnización de daños y perjuicios ya que el Acueducto se encontraba en posesión material del bien, lo que conllevó a que instalara bocatoma e infraestructura para proveer el agua del Distrito Capital.

Adujo igualmente, que se comprometió a hacerse parte como profesional del derecho del demandado dentro de los procesos No. 110013103001 1996 0001 01 que cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias, 11001310029 2014 00575 00 adelantado en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Ejecución, 110013103039 2012 00480 00 en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución y 110013103039 2012 00480 00 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución, con la finalidad de solicitar la



terminación de los mismos por desistimiento tácito y/o perención si fuera el caso, entre otras actuaciones de orden legal.

Que en lo que respecta al segundo contrato, se acordó la figura de cuota litis en un 20% de los dineros que se giraran por la compraventa del predio de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ASEO DE BOGOTÁ, pero con total extrañeza y sin explicación alguna, el demandado decidió revocar los poderes otorgados.

Expuso que con ocasión a lo anterior, se acercó a la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS y a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ASEO DE BOGOTÁ, en donde se le informó que no podría actuar más en las acciones legales por cuanto los poderes que el demandado en inicio le había otorgado fueron objeto de revocatoria, sin que el mismo en algún momento le hubiese notificado por ningún medio dicha revocatoria, a pesar que por más de dos años de un arduo trabajo, para el mes de febrero de 2017 se encontraba en un 90% del objetivo principal.

Relató las actuaciones legales que ejerció en las diferentes entidades, agregando que, cuando recibió los poderes, advirtió de manera verbal y por escrito que en el caso del demandado señor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO se encuentra una particularidad y, es el hecho que, este permanece cambiando de abogados, asesores y se rodea de comisionistas, otorgando diversos poderes.

Por último, indicó que ante todas sus gestiones nunca ha recibido pago alguno por el encartado, así como que el predio objeto de reproche tiene un avalúo comercial que asciende a la suma de \$16.000.000.000.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado señor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO en inicio fue representado por curadora *ad litem*, pero ante la inadvertencia de no subsanar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los yerros de contestación que esta aportara, la misma en proveído del 17 de julio de 2019 se tuvo por no contestada, y además se dispuso tener tal situación como indicio grave en su contra de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2º de artículo 31 del C.P.T. y de la S.S. (Fl. 111).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 condenó al demandado señor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO, cancelar a la demandante señora SILVIA PATRICIA CASTIBLANCO BERMÚDEZ la suma de \$59.590.321 por concepto de honorarios profesionales, más los intereses moratorios sobre esta suma, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se verifique el correspondiente pago, junto con las costas procesales.

Para arribar a dicha conclusión, la falladora de instancia manifestó en primer lugar que, el régimen legal que regula los asuntos como el aquí discutido, se sujeta a las reglas del mandato de conformidad con lo dispuesto 2144 del Código Civil, por lo que con arreglo en los artículos 2142 y 2143 del mismo estatuto; circunstancia por la cual, cuando una persona busca el reconocimiento y pago de honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato, le corresponde acreditar la gestión desarrollada con fundamento en el mismo, y si precisa que le sea reconocida una suma determinada por este concepto, relevante es que acredite el mentado pacto o remuneración atinente a la suma o porcentaje presuntamente acordado.

Que en tal sentido, teniendo en cuenta la valoración probatoria en conjunto arribada al juicio, si bien las partes suscribieron dos contratos de mandato de fechas 26 de enero de 2015 y 28 de abril de 2016 respectivamente, en los que la aquí demandante se obligó a prestar sus servicios profesionales como abogada del demandado señor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO a efectos de llevar a cabo las gestiones encomendadas, en cada uno de ellos donde se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acordaron honorarios de manera independiente, como quiera que en contrato suscrito en el año 2015 se pactó la suma de \$50.000.000 y, en el siguiente un porcentaje equivalente al 20% del dinero recaudado por concepto de la venta del inmueble denominado La Cecilia, lo cierto es que tan solo se peticiónó el pago de los honorarios previstos en el segundo contrato al señalarse expresamente en la pretensión primera, que los mismos fueran regulados en dicho porcentaje, pese a que en los hechos de la demanda se indicó que toda su labor nunca fue remunerada.

Que por tal razón, en atención del deber que como operadora judicial le asiste para interpretar la demanda, la *a-quo* adujo que se adentraría al estudio de cada uno de los contratos de mandato que suscribieran las partes con la finalidad de verificar su cumplimiento y la generación de los honorarios acordados, puesto que la intención del extremo accionante no solo se ve reflejada en la parte petitoria, si no también en los acápites reservados en los fundamentos de hecho y de derecho donde siempre se hizo mención a la gestión realizada como profesional del derecho en los dos contratos suscritos por las partes.

Por ello, argumentó que en virtud del primer contrato de mandato que fuese celebrado el 26 de enero de 2015, la promotora del litigio dio cabal cumplimiento al objeto contractual a que se contrajo el convenio suscrito, toda vez que adelantó las diligencias pertinentes con el fin de lograr finalmente la inscripción del predio identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 152-43378 ubicado en el Municipio de Chipaque Cundinamarca en la base de datos de Catastro del INSTITUTO AGUSTÍN CODAZZI, mismo fin por el que se le contrató, de ahí que haya cumplido a cabalidad con el encargo y por ende, se hicieron exigibles los honorarios allí pactados, no siendo posible desconocerlos, máxime si el contrato legalmente celebrado conforme al artículo 1602 del Código Civil resulta ser ley para los contratantes, por lo que la remuneración pactada gozó de plena exigibilidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que con ocasión de lo anterior, no se puede entrar a cuestionar o valorar la razonabilidad de su cuantía, en tanto esa controversia no fue introducida en este juicio y, en ese entendido, debe privilegiarse la voluntad contractual de las partes que la estipularon en la suma de \$50.000.000.

Frente al segundo nexo contractual, la falladora de instancia concluyó que la accionante no cumplió en su totalidad las labores en que se obligó en aquel, pues si bien presentó una acción de tutela en contra del INCODER reclamando el derecho al debido proceso administrativo del demandado con el fin de que la citada entidad resolviera de fondo el procedimiento de clarificación del inmueble La Cecilia, la demandante adelantó algunas gestiones ante el ACUEDUCTO para lograr la negociación del predio, representó al convocado en juicio en algunos procesos civiles, lo cierto es que el trámite de compraventa del inmueble no culminó, por lo que no realizó las gestiones necesarias para lograr la indemnización de perjuicios por parte del ACUEDUCTO, no se hizo parte dentro del proceso radicado 2009-00153 promovido por ANTONIO JOSÉ LÓPEZ CUESTA contra el aquí accionado cursante en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Bogotá, tampoco allegó prueba alguna que advirtieran que presentó derechos de petición ante la Oficina de Instrumentos Públicos de Cáqueza para el levantamiento de la orden de bloqueo que recaía sobre el mencionado predio, y a pesar que cierta falta de actividades sucedieron por la revocatoria del mandato por el aquí demandado, igualmente se causaron honorarios aunque no en la forma pactada.

Expuso que si bien en los vínculos contractuales se acordó como sistema de pago la figura de cuota litis, lo cierto es que su exigibilidad según se desprende del tenor de los convenios, no se supeditó a la obtención de los resultados favorables de las gestiones encomendadas a la demandante en cada uno de ellos, sino que el monto en el primero se pactó en una suma de \$50.000.000, y en el segundo, se estableció un porcentaje del 20% sobre el valor que se recaudara producto de la compraventa del predio, de manera que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

retribución económica por los servicios profesionales de la demandante no se supeditó o condicionó a los resultados exitosos de la gestión, y en ese orden no puede entenderse en rigor que los honorarios fuesen pactados a cuota litis, por lo que el pago de los mismos no podía estar atado a la venta del inmueble.

En resumidas cuentas, concluyó que a la demandante le asiste el derecho de pago de honorarios en virtud del contrato de mandato celebrado el 26 de enero de 2015 en la suma de \$50.000.000 atendiendo la autonomía de la voluntad de las partes, destacando que el objeto del segundo contrato celebrado el 28 de abril de 2016 no se cumplió de manera completa; no obstante, las actuaciones jurídicas y administrativas que la actora desplegó frente al mismo, no pueden ser desconocidas, de allí que determinara que de conformidad con las tarifas de honorarios del Colegio de Abogados vigentes para los años 2016 y 2017, sobre este contrato el demandado adeuda por honorarios la suma de \$9.590.321.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión el demandado la apeló, manifestando en su alzada que si bien es cierto se ejecutaron los contratos de prestación de servicios pactados, esos mandatos son títulos ejecutivos que efectivamente tienen una obligación clara, expresa, pero aún no es exigible, por lo que el mismo se debe cobrarse una vez sea vendido el predio objeto de discusión, situación que en la actualidad no ha sucedido.

Lo anterior, también conlleva a que en la actualidad no goce con peculio para el pago de los honorarios y, por ende, la decisión de primera instancia debe revocarse.

IV. CONSIDERACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si a la aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales.

c. De los Honorarios:

El trabajo, en nuestro sistema jurídico, goza de una amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

El Constituyente, sin embargo, no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios independientes, pues la segunda corresponde a una de las múltiples formas de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la contratación particular, la cual no puede ser asimilada al contrato de trabajo, ya que tiene alcances jurídicos distintos.

Así, cuando quiera que se trate de la prestación de servicios de abogacía, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2142 del C.C, el cual prevé:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

De otra parte, el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

De cara a lo indicado, deviene lógico referir que cuando quiera que una persona reclama el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde acorde las reglas de la carga de la prueba, acreditar además del poder que le fuere conferido, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo y si precisa que le sea reconocida una suma determinada por concepto de honorarios acorde lo pactado con su poderdante, es lógico que acredite el mentado pacto y la suma o porcentaje acordado por concepto de honorarios, así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL4902-2021, con Radicación No. 44925 de 22 de septiembre de 2021, en la que sostuvo:

“Acorde con dichos planteamientos, lo primero que debe indicar la Sala, es que contrario a lo manifestado por el actor, la acción se instauró para que se declarara el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios, es decir, un proceso declarativo, en el que, con las pruebas aportadas por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el interesado, conforme con el principio general de la carga de la prueba, prevista en el artículo 177 del CPC -hoy artículo 167 del CGP- debe demostrar que: i) celebró un contrato para una gestión determinada, partiendo de la base que a las partes ha quedado la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, y si existe ese pacto, aquél se erige en la fuente que normalmente define la controversia generada, en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato; ii) que esta fue realizada y, iii) que conforme con las reglas o clausulado celebrado entre las partes, se tasó un reconocimiento monetario.”

En tal sentido, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre la demandante y el demandado se suscribieron dos contratos de prestación de servicios, en virtud de los cuales la actora desempeñaría su actividad como profesional del derecho para con el encartado, mismos que fuesen celebrados los días 26 de enero de 2015 y 28 de abril de 2016 respectivamente, como da cuenta el contenido de los mismos que se allegaran en original, los cuales no fueron tachados ni refutados de falsos (Fls. 2 y 3).

Ahora bien, en el contrato suscrito el 26 de enero de 2015 las partes acordaron:

*“**PRIMERA.** La abogada SILVIA PATRICIA CASTIBLANCO, se compromete a realizar estudio jurídico profesional y presentar todos y cada uno de los trámites memoriales necesarios ante el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, a fin de obtener a reactivación integral del predio propiedad de LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO, toda vez que no le figura la respectiva CÉDULA CATASTRAL. De igual manera se compromete la profesional a que el predio quede debidamente alinderado y que vuelva a la vida jurídica, atendiendo el Certificado de Libertad y Tradición de Matrícula Inmobiliaria No. 152.43378 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Cádiz, Cundinamarca. **SEGUNDA.** Las partes acuerdan los HONORARIOS A CUOTA LITIS, por la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) los cuales serán CANCELADOS una vez se realice la venta del bien de propiedad de LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO. **TERCERA.** Entre las partes se acuerda que la abogada contratada, se compromete al acompañamiento en cualquiera de las propuestas de compra-venta que resulten ofertadas al predio. Más aun la DRA. CASTIBLANCO B. queda facultada para ofrecer el predio a la venta, caso en el cual si la abogada obtiene la venta del mismo, las partes acuerdan una comisión sobre la venta real del inmueble, que se suscribirá en documento separado. **OBLIGACIONES DE LA CONTRATADA.:** Se compromete a poner todos sus conocimientos, experiencia, diligencia e interés hasta la terminación del proceso (...)”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo que atañe al segundo contrato celebrado el 28 de abril de 2016 se estipuló:

PRIMERA: La abogada SILVIA PATRICIA CASTIBLANCO, se compromete a realizar estudio jurídico profesional al predio de Matrícula Inmobiliaria No. 152-43378 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cáqueza, denominado LA CECILIA, de propiedad del contratante LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO. Así: **Primero.** Presentar Acción de Tutela en contra de la entidad INCODER, toda vez que el predio permanece con medida cautelar por proceso de Clarificación de la Propiedad, decretada por Resolución No. 0073 de mayo 8 de 2012. **Segundo.** Asistir al propietario LUIS FERNANDO AMAYA ante la Empresa de Acueducto y Aseo de Bogotá, y ante la Oficina de Bienes del Acueducto; en asesoramiento jurídico a fin de culminar el proceso adquisición del predio LA CECILIA por parte del Acueducto, presentar toda la documentación necesaria, para lograr la aprobación de compra con la mejor oferta. **Tercero.** Presentar las acciones necesarias a fin de lograr indemnización de Daños y Perjuicios, causados por el Acueducto al Predio de propiedad de LUIS FERNANDO AMAYA, toda vez que el Acueducto se ha beneficiado de su predio, sin reconocimiento alguno. **Cuarto.** La abogada se compromete a hacerse parte dentro de los procesos, 1) No. 110013103001 1996 0001 01 Juzgado 1 Civil Circuito Ejecución, demandante ANTONIO JOSÉ LÓPEZ CUESTA, 2) No. 110013100 29 2014 00575 00 Juzgado 7 Civil Circuito Ejecución demandante GERMÁN EUGENIA NAVAS GARCÍA, 3) No. 1100131030 39 2012 00480 00 Juzgado 2 Civil Circuito Ejecución demandante NORMAN EDITH PATIÑO TORRES, 4) No. 1100131030 16 2009 00153 00 Juzgado 1 Civil Circuito Ejecución demandante AIDA GUTIÉRREZ PALACIOS en calidad de abogada del demandado LUIS FERNANDO AMAYA. Solicitar la Terminación de los procesos por desistimiento tácito y/ perención si fuera el caso. **Quinta.** Presentar peticiones respetuosas ante la Oficina de Instrumentos Públicos de Cáqueza, a fin de inmediato sea Levantada la orden de Bloqueo que se mantiene sobre el folio de la Matrícula Inmobiliaria 152-43378 del predio propiedad de LUIS FERNANDO AMAYA. **Sexta.** De ser necesario mediar en conciliación extrajudicial con los acreedores, para el pago de las deudas que pesan sobre LUIS FERNANDO AMAYA. Las demás que sean necesarias para dar por terminado en proceso de Venta de su predio al Acueducto. **SEGUNDA.** Las partes acuerdan los HONORARIOS A CUOTA LITIS, por un porcentaje equivalente al veinte (20%), de los dineros que sean girados por la compra que la Empresa de Acueducto de Bogotá realice en favor del propietario y vendedor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO. **TERCERA. OBLIGACIONES DE LA CONTRATADA:** Se compromete a poner todos sus conocimientos, experiencia, diligencia e interés y **confianza** hasta la terminación del proceso.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentido, confrontadas las cláusulas de los contratos, quedó plasmado el pago bajo la figura de cuota litis; circunstancia por la cual, ha de precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2803 de 2020, Radicación No. 47566 del 8 de julio de 2020, hizo un análisis de la figura de cuota litis dentro de los contratos de mandato, exponiendo lo siguiente:

“Para concluir, resulta pertinente recordar que, como lo ha adoctrinado esta Sala, cuando los honorarios se pactan a cuota litis, constituyen un alea que hace necesario el acaecimiento de un resultado favorable, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL 39171, 22 nov. 2011, en la que se señaló:

*“El contrato de mandato por ser bilateral no sólo comporta obligaciones en cabeza del mandatario; cuando es remunerado conlleva una obligación también esencial y concomitante para el mandante: **pagar la prestación pactada que bien puede estipularse en un valor determinado que desde el principio del mandato se conoce, o puede ser aleatoria, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades, (cuota litis) bajo el entendido de que si no es posible ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional. También resulta perfectamente viable que se combinen las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante. (negrilla fuera de texto)***

“En la sentencia CSJ SL 33099, 2 jun. 2009, esta Corporación precisó «[...] que el pacto de honorarios por cuota litis conlleva una obligación de resultado [...]», y más adelante recordó:

“Al punto, en sentencia S. de N., Gaceta LXIII, 466 de 29 de septiembre de 1947, se dijo:

“La peculiaridad de la convención denominada cuota litis consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado, sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su exigencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 del C.C. la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el juez. De donde resulta, como consecuencia, que estas tienen capacidad legal para fijar la forma en que debe cubrirse”.

“Así mismo, esta Sala de la Corte en sentencia de 8988 del 24 de enero de 1997, reflexionó:

“Interesa dejar en claro que el porcentaje acordado como honorarios..., teniendo en cuenta que se pactaron en la modalidad de cuota litis, que implica que el abogado tendrá como retribución por sus servicios profesionales una participación directamente deducible de los resultados económicos o patrimoniales del proceso, que, en este caso, se estableció en un 35%...”.

“[...] lo que obliga [...] a condenar al demandado a pagarlos en el porcentaje en que se comprometió sobre lo que efectivamente recibió en la sucesión [...]”.

Deja asentado la Sala que la figura de cuota litis es entendida como un convenio pactado por el profesional del derecho con su poderdante, cuya retribución económica para el abogado depende de un resultado exitoso o favorable en la gestión desarrollada, pues precisamente es la prosperidad de la representación legal lo que conlleva a la obtención del porcentaje o suma determinada, *per se*, en aras de la obtención de los honorarios pactados, criterio doctrinal que se mantiene en la actualidad como dan cuenta las sentencias SL2436-2021, Radicación No. 81266 del 15 de junio de 2021, SL1817-2020, Radicación No. 75028 del 2 de junio de 2020, entre otras.

Ahora bien, resalta la Sala el hecho que no fue objeto de reproche el análisis exhaustivo al que llegó la falladora de primer grado, en el entendido que la actora SILVIA PATRICIA CASTIBLANCO como abogada del señor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO, realizó gestiones suficientes en ambos contratos de prestación de servicios a efectos de lograr el fin cometido de su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gestión, lo que conllevó a determinar que en cada vínculo hubiese adquirido por concepto de honorarios como profesional del derecho la suma de \$50.000.000 y \$9.583.361 respectivamente, junto con los intereses moratorios endilgados como responsabilidad al encartado.

Lo anterior, como quiera que, la *a-quo* frente al primer contrato, esto es, el celebrado el 26 de enero de 2015, determinó que se había cumplido el fin contractual por parte de la profesional del derecho, el cual se circunscribía a la obtención de la “*Cédula Catastral*” del Predio la Cecilia, identificado con el Número de Matrícula No. 152.43378, figura entendida como aquel documento con valor real que certifica el valor catastral del inmueble objeto de legalidad, por lo que al haberse satisfecho en su totalidad la gestión, era merecedora del del monto dinerario sobre los \$50.000.000.

En lo que respecta al segundo contrato pactado el 28 de abril de 2016, determinó que si bien se había determinado un 20% como pago de la gestión, última que consistía en una serie de actuaciones legales sobre el predio La Cecilia por cuanto el mismo gozaba de inconsistencias en términos generales ante la verdadera tenencia del título, tal gestión no se llevó a cabo en su totalidad, de ahí que atendiendo las diferente obras ejercidas por la profesional del derecho, en virtud de las tarifas reseñadas por el Colegio de Abogados para los años 2016 y 2017, concluyó que la demandante era merecedora de la suma de \$9.583.361.

Así las cosas, recalca la Sala que el punto álgido del demandado en su apelación, consistió en que los referidos contratos de honorarios quedaron atados a una condición de pago, cual es la venta del predio La Cecilia.

Sobre tal aspecto estima la Sala que a pesar que los honorarios quedaron supeditados a la venta del predio La Cecilia, esa situación no puede atarse a los objetos principales de los contratos, en tanto los honorarios se causaron ante la gestión desarrollada por la actora para lograr la solución de la Cédula



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Catastral del predio y la obtención del título del mismo, por lo que en tratándose del condicionamiento del pago hasta que el predio no fuese vendido, lo cual además queda al total arbitrio del accionado ante la revocatoria de los poderes, resulta ser un condicionamiento que entraña un desconocimiento de la labor que desarrollada la actora, como quiera que, sería un acto que se desorbita de la labor ejercida por la abogada que podría quedar ante una voluntad ajena a ella, que es el hecho que el demandado señor LUIS FERNANDO AMAYA ARGUELLO configure la presunta venta, de allí que se pueda colegir que el fin propio de la obligación queda atada a una voluntad futura que carece de certeza ante su cumplimiento de pago, que no puede recaer en detrimento de la labor desplegada por la parte activa, máxime si como ya se expuso, su gestión se cumplió respecto del contrato en que se pactó la suma de \$50.000.000, y adelantó las gestiones mientras estuvo vigente el poder respecto del segundo contrato, cuya tasación no fue objeto de reproche, aspectos todos que conllevan a que la decisión de primer grado sea confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **14 2018 00312 01**
Demandante: RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ
Demandado: INVERSIONES R.A. RIVERA SIERRA Y CIA S. EN C.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., marzo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de INVERSIONES R.A. RIVERA SIERRA Y CIA S. EN C., a fin que se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado cuya fecha de iniciación fue el 31 de julio de 2015, siendo el objeto de dicha vinculación contractual la asesoría y representación legal ante el CENTRO DE ARBITRAJE y conciliación de la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ dentro del proceso arbitral convocado por FALCON FARMS DE COLOMBIA S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, solicita se declare que la contratante INVERSIONES R.A. RIVERA SIERRA Y CIA S. EN C., incumplió con las obligaciones adquiridas en el citado contrato en lo que atañe al pago de las prestaciones económicas convenidas en la cláusula cuarta del citado contrato, de ahí que deberá pagarse por la encartada a título de cláusula de éxito, la suma de \$596.090.180 correspondiente al 5% del valor total de las pretensiones de la demanda del proceso arbitral, junto con el pago de los intereses moratorios pactados a la tasa máxima fluctuante mensual fijada por la Superintendencia Financiera desde el 4 de febrero de 2017.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones indicó que el 31 de julio de 2015 suscribió con la demandada INVERSIONES R.A. RIVERA SIERRA Y CIA S. EN C. un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, cuyo objeto fue la asesoría y representación legal ante el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN de la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ dentro del proceso arbitral convocado por FALCON FARMS DE COLOMBIA S.A., pactándose el valor de los honorarios en la cláusula cuarta de dicho contrato por la suma de \$20.000.000, los cuales fueron cancelados oportunamente por la encartada, expidiéndose como soporte contable la cuenta de cobro adiada el 1º de agosto de 2016, debidamente recibida por el socio comanditario señor RAÚL ERNESTO RIVERA CALDERÓN, en señal de aceptación.

Que en la misma cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios, se pactó una cláusula de éxito correspondiente al 5% del valor total de las pretensiones de la demanda, siempre y cuando el proceso arbitral fuese fallado a favor de la demandada.

Que atado a lo anterior, el 5 de junio de 2016 el Tribunal de Arbitramento profirió Laudo Arbitral a favor de la pasiva, el cual quedó ejecutoriado el 18 de julio de 2016 mediante Acta No. 17, acto con el que quedó finalizada su gestión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como abogado. Igualmente, destacó que el valor de las pretensiones de la demanda que originó el Tribunal de Arbitramento a la fecha en que profirió la correspondiente decisión a favor de INVERSIONES R.A. RIVERA SIERRA Y CIA S. EN C. correspondió a la suma de \$11.921.803.600; en las pretensiones primera a tercera las mismas no gozaban de valor económico para los efectos aquí perseguidos.

Frente a la pretensión cuarta, el valor pactado en el contrato fue la suma de US 520.000, monto que, para la fecha pretendida al cambio oficial establecido por el BANCO DE LA REPÚBLICA, esto es, el 26 de septiembre de 2014, era de \$2.019.76 por cada dólar, por lo que el valor de esta pretensión ascendía a la suma de \$1.050.275.000. Que la primera subsidiaria de la cuarta pretensión fue liquidada en la cuarta pretensión.

Respecto de la pretensión quinta, la convocante pretendía que se le reconociera y pagara la diferencia entre el precio del inmueble a la fecha en que debió suscribirse la escritura pública, que lo fue para el 26 de septiembre de 2014 y la fecha en que se produjera la suscripción de la escritura, lo cual se entiende una vez quedara en firme el laudo que así lo ordenara, mismo que fue fallado el 18 de julio de 2016.

En lo que respecta a la pretensión subsidiaria de las pretensiones tercera, cuarta y quinta, se pretendía el pago de indemnización de perjuicios por la suma de \$6.500.000 a la presentación de la demanda y la actualización de este valor a la fecha del pago de la condena señalada en el laudo arbitral, teniendo como base para ello la tasa del interés fluctuante trimestral fijado por la Superintendencia Financiera en valor de \$3.510.260.000. La sexta pretensión se circunscribía a que los gastos del proceso se tasaron en la suma de \$395.000.000 según el Acta No. 5 expedida por el Tribunal de Arbitramento y lo resuelto en el numeral 6º del laudo arbitral del 5 de julio de 2016.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que en la cláusula séptima se estableció que la vigencia del contrato de prestación de servicios profesionales iniciaría desde la firma del mismo, hasta cuando se profiriera el fallo y quedase ejecutoriado, sumado a que en la cláusula quinta se pactó una sanción penal por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato equivalentes a 3 S.M.L.M.V.

Por último, refirió que la demandada no efectuó el pago de la cláusula de éxito en la fecha exigible, que lo fue el 18 de julio de 2016, calenda en que quedó ejecutoriado el laudo arbitral favorable, lo que conllevó a que el Representante Legal de la encartada y su hijo RAÚL ERNESTO RIVERA CALDERÓN, último que es socio comanditario, le solicitaran un término a efectos de realizar el pago acordado, acordando además que en lugar de la cláusula penal, pagarían intereses de mora a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera, así como que los abonos que realizaran se aplicarían de conformidad con lo establecido en el artículo 1653 del Código Civil, por lo que la sociedad demandada realizó el pago de intereses hasta el 3 de febrero de 2017, pero con posterioridad se incumplió lo pactado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas en su contra. En primer lugar, refirió que si bien es cierto se suscribió el contrato de prestación de servicios, el mismo jurídicamente fue objeto de demanda que cursa en el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, cuyas pretensiones principales y subsidiarias se contraen a la nulidad absoluta y/o relativa e ineficacia, como consecuencia de la configuración de vicios del consentimiento.

Que si bien es cierto en la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios se pactó un 5%, lo que realmente se había conversado era que existiría un acuerdo sobre el 3% de las pretensiones del laudo arbitral, en razón a que no fue voluntad de los socios comanditarios, ya que dicho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

documento no fue suscrito con el demandante y porque el socio gestor fue conducido al equívoco en razón a la confianza que tenía en quien hoy demanda, a pesar de que fue tratado como un miembro más de su familia.

Formuló las excepciones de inexistencia de obligación a cargo de la demandada por la concurrencia de vicios de fondo en la estructura del contrato por parte del actor, mala fe por parte del actor al confeccionar el contrato objeto de debate y al hacerlo suscribir soterradamente, solicitud de suspensión del proceso, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, nulidad absoluta y/o relativa y la denominada pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 declaró la existencia de un contrato de mandato suscrito entre el demandante, señor RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ, y la demandada, sociedad INVERSIONES R.A. RIVERA SIERRA Y CIA S. EN C., el día 31 de julio de 2015. Asimismo, absolvió a la encartada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó la falladora de instancia en primer lugar que, aunque no se discute la existencia del contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandante y la demandada, si se cuestionó que produzca efectos jurídicos, en tanto la accionada alegó que el acuerdo de voluntades plasmado no correspondía a la realidad, toda vez que el señor RAÚL AMBROSIO RIVERO SIERRA, quien lo suscribió como Representante Legal de la pasiva, al momento de su celebración no contaba con el uso a plenitud de sus facultades mentales en razón de su avanzada edad y estado de salud. No obstante, tal supuesto no se acreditó en el plenario, más aún cuando se profirió una decisión judicial emitida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, desestimando la nulidad del contrato de prestación de servicios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior refirió que la cláusula de éxito del 5% solo era dable estimarla o cuantificarla con base en las pretensiones principales, en tanto no es dable acumular las subsidiarias, al resultar improcedente que en el Laudo Arbitral se hubiese accedido de manera conjunta a tales pedimentos.

Por tal motivo, la primera pretensión principal susceptible de cuantificar se dirige a que se liquide el valor del pago previsto en el contrato de arrendamiento convirtiendo el monto de los dólares pactados a pesos colombianos al 26 de septiembre de 2014, lo que, como señalan las partes, asciende a \$1.050.275.000, cuyo 5% corresponde a \$52.513.750.

Bajo ese escenario, el demandante liquida una diferencia de dicho rubro hasta el 18 de julio de 2016, calenda en la que indica que quedó ejecutoriado el laudo arbitral, respecto de lo cual se observa que la cláusula contractual mediante la cual se fija el pago de la cuota de éxito no comprende tal actualización monetaria supeditada a la ejecutoria del laudo arbitral, como tampoco milita otra disposición que de dicho contrato de prestación de servicios contemple la misma.

Que la segunda pretensión principal elevada por FALCON FARMS DE COLOMBIA S.A. se encaminó al pago del valor de los perjuicios tasados con fundamento en lo relatado en el hecho 18 de la demanda que formuló contra la pasiva, por lo que según la narración fáctica de ese hecho, el valor de los perjuicios asciende a la suma de \$147.867.200, a los cuales se le deberá sumar la diferencia que se genere entre los valores indicados por gastos de notariado y registro, suma última que se desconoce, razón por la cual se debe liquidar el 5% objeto de la cláusula de éxito sobre la suma ya señalada, que arroja una cuantía de \$7.393.360.

Por último, adujo la *a-quo* que la sociedad FALCON FARMS DE COLOMBIA S.A. como última pretensión principal persiguió el pago de las costas del proceso,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y conforme se denota del Laudo Arbitral, no se condenó en costas a ninguna de las partes, por lo que concluyó que la cláusula de éxito sobre las pretensiones principales asciende a la suma de \$59.907.110, y teniendo en cuenta que la parte demandante admitió que la encartada le realizó pagos que ascienden a la suma de \$113.000.000, concluyó que no habría lugar a imponer condena alguna.

III. RECURSO DE APEACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Sostuvo en su alzada que conforme a las consideraciones de la falladora de instancia respecto de la existencia del contrato de prestación de servicios, claro es que en el mismo se pactó el 5% por concepto de cláusula de éxito, la cual corresponde al valor total de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral interpuesta en contra de la sociedad, motivo por el cual, si bien se tasaron los honorarios de manera correcta frente a las pretensiones principales, se omitió calcular el 5% sobre las subsidiarias.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

El problema jurídico se contrae a determinar si la accionada adeuda honorarios profesionales al actor con ocasión de la cláusula de éxito pactada, estableciendo si para su cálculo se debe tener en cuenta la totalidad de las pretensiones, esto es, las principales y subsidiarias.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que, entre el accionante RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ y la accionada INVERSIONES R.A. RIVERA SIERRA Y CIA. S. EN C., se suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales, en el cual se consignó como objeto:

“PRIMERA OBJETO: EL CONTRATISTA (apoderado), prestará al contratante servicios jurídicos consistentes en asesoría y representación judicial ante la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (CENTRO DE AREBITRAJE Y CONCILIACIÓN) dentro del tribunal de arbitramento convocado por FALCON FARMS DE COLOMIBA S.A., para contestar la demanda, proponer excepciones, nulidades, presentar demanda de reconvencción con el objeto de obtener para el CONTRATANTE (poderdante), el reconocimiento y pago por parte del convocante del justo precio por un inmueble dado en arrendamiento, el cual es objeto de la convocatoria del tribunal de arbitramento mencionado, si fuere procedente y/o la declaratoria de la prórroga del contrato en los mismos términos y efectos inicialmente pactados pero dejando sin valor ni efecto la cláusula décima del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes referenciadas en este documento”.

A su vez, en la cláusula cuarta se estipuló:

***“CUARTA: PRECIO** Las partes contratantes acuerda como recio la suma de **VEINTE MILONES (\$20.000.000) DE PESOS**, que se cancelarán así: **DIEZ MILLONES (\$10.000.000) DE PESOS**, en efectivo a la firma del presente documento y los restantes **DIEZ MILLONES (\$10.000.000) DE PESOS** a partir del 1º de septiembre de 2015, hasta completar el total. **PARÁGRAFO.** Las partes contratantes acuerdan una **CLÁUSULA DE ÉXITO**, para el **CONTRATISTA (apoderado)**, si el proceso es fallado a favor de **LA CONTRATANTE (poderdante)**, correspondiente al **CINCO POR CIRNTO (5%)** del valor total de las pretensiones de la demanda; si el proceso es terminado por conciliación entre las partes, no habrá lugar al cobro de la cláusula de éxito pactada”.*

Ahora bien, a juicio del *a-quo* el contrato de prestación de servicios tiene plena validez y efectos, motivo por el cual la cláusula de éxito debe ser solucionada por la accionada, no obstante, para su cálculo únicamente es dable tener en cuenta las pretensiones principales de la demanda dentro del proceso arbitral, en tanto no era dable que se emitiera condena por las pretensiones principales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y subsidiarias; por su parte, el recurrente señala que la cláusula de éxito se pactó sobre la totalidad de las pretensiones, sin que sea dable verificar la interpretación establecida por el *a-quo* frente a la claridad de la cláusula contractual.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que de conformidad con el artículo 2144 del C.C. *“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*; a su vez el artículo 2142 *ejusdem* estipula que *“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”* y por su parte el artículo 2143 de la misma obra, señala que *“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”*.

En el presente proceso, no se discutió la decisión del *a-quo* en cuanto a darle validez al contrato de prestación de servicios personales, así como a lo estipulado en el parágrafo de la cláusula cuarta, esto es, la cláusula de éxito, disposición que regula la remuneración deprecada en el *sub-lite*.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL387-2020, Radicación No. 73183, del 10 de febrero de 2020, analizó lo atinente a la interpretación de las cláusulas contractuales, refiriendo con voz de autoridad:

“Para dar respuesta a ese tópico, cabe memorar, que el acto jurídico, emerge de la libertad humana, considerada como fuente de las relaciones de derecho, lo que impone al Juzgador, al momento de interpretarlo, garantizar ese postulado; de ahí, que deban atenerse a la fidelidad de la voluntad, a la intención, a los móviles que llevaron a los contratantes a pactar en la forma como lo hicieron.

“Así, en esa labor hermenéutica, la primera directriz que debe tenerse en cuenta, es la prevista en el artículo 1618 del Código Civil, conforme al cual,



conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

“Por manera que, cuando el pensamiento y el querer de quienes concretaron un pacto jurídico queda escrito en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, debe presumirse que esas estipulaciones son fiel reflejo de su voluntad interna, teniendo también, por cierto, que el contrato es una unidad, lo que implica, que para conocer la verdadera intención de las partes, deben apreciarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica, pues, de realizarlo aisladamente, se corre el riesgo de hacerle producir efectos contrarios, a lo que en conjunto se deduce (al efecto, puede consultarse la sentencia de casación CSJ SC, 5 jul. 1983).

“Asimismo, se ha sostenido que el intérprete debe tener en cuenta diversos factores que inciden en el contrato, como lo serían las condiciones particulares de sus suscriptores. Así se ha dicho, por ejemplo, en la sentencia de casación CSJ SC3047-2018, donde se anotó:

“2.4. La interpretación del contrato.

“La labor hermenéutica de las estipulaciones contractuales, se hace particularmente imprescindible cuando las mismas presentan vacíos o exteriorizan ausencia de claridad, originada en manifestaciones confusas o contradictorias, o por cualquier otra circunstancia que se erija como un obstáculo para comprender el querer de los contratantes, y dado que corresponde a una labor técnica, el Juzgador no goza de plena o irrestricta libertad para realizarla, por lo que se debe apoyar para desarrollar esa tarea, entre otras, en las pautas o directrices legales.

“[.]

“En ese sentido, [...], advirtió la Corte que ‘la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 CC), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘[...] los actos, tratos o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato' (cas. civ. junio 28/1989)'» (negrillas de la decisión).

Una vez determinado lo anterior, debe señalarse como primera medida que no se debe interpretar de manera aislada el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios profesionales, en tanto, la cláusula de éxito debe armonizarse con las restantes cláusulas contractuales, así como con la intención de las partes de remunerar una eventual decisión favorable a sus intereses por el Tribunal de Arbitramento.

Así las cosas, se tiene que el contrato de prestación de servicios se suscribió el 31 de julio de 2015 (Fl. 8), esto es, con posterioridad a la presentación de la demanda arbitral, la cual tiene fecha de radicado el 16 de marzo de 2015 (Fl. 9), y lo que además se extrae del objeto del contrato, el cual tenía por fin adelantar la representación de la parte demandada en dicho proceso, tal como se pactó en la cláusula primera.

Ahora bien, en dicha cláusula, resalta la Sala, no solo se consagró el contestar la demanda, proponer excepciones y nulidades, sino también el “*presentar demanda de reconvención con el objeto de obtener para el CONTRATANTE (poderdante), el reconocimiento y pago por parte del convocante del justo precio por un inmueble dado en arrendamiento, el cual es objeto de la convocatoria del tribunal de arbitramento mencionado, si fuere procedente y/o la declaratoria de la prórroga del contrato en los mismos términos y efectos inicialmente pactados pero dejando sin valor ni efecto la cláusula décima del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes referenciadas en este documento*” (Fl. 6).

De lo cual se colige, que no se pactaron los honorarios únicamente por adelantar las gestiones a fin de buscar una sentencia absolutoria, sino también



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para impetrar el reconocimiento a favor de la sociedad INVERSIONES R.A. RIVERA SIERRA Y CIA S. EN C., del reconocimiento de un justo precio por el inmueble arrendado y/o la consecución de la prórroga del contrato de arrendamiento dejando sin efectos la cláusula décima.

En ese orden de ideas, de la interpretación integral del contrato, no es dable estimar que la cláusula de éxito se haya referido únicamente a obtener una sentencia absolutoria, por cuanto se pactó que tal pago operaría *“si el proceso es fallado a favor de LA CONTRATANTE”* y correspondería al 5% del *“total de las pretensiones”*, sin que se haya clarificado si se trataba de las pretensiones que también quedaron consignadas en la cláusula primera del contrato que serían deprecadas a través de una demanda de reconvención, o si se trataba de la totalidad de las pretensiones de la demanda arbitral, incluyendo las principales y subsidiarias.

De tal manera, que el contrato de prestación de servicios tenía por objeto: (i) adelantar las actuaciones en representación de la demandada, tales como contestar la demanda, formular excepciones o proponer nulidades; y (ii) presentar demanda de reconvención para obtener el justo precio de un contrato de arrendamiento y/o deprecar la prórroga del contrato con exclusión de la cláusula décima. Objeto que necesariamente debe integrarse con la cláusula de éxito, en tanto un fallo favorable, implicaría el que se acceda a lo anhelado por la sociedad contratante, y que se estableció de manera expresa en la cláusula primera.

Así las cosas, no le asiste razón a la parte apelante al señalar que la cláusula de éxito no requiere de un análisis interpretativo, pues no se extrae que se haya pactado únicamente para obtener un fallo favorable absolutorio.

Lo anterior teniendo en cuenta además, que no se tramitó una demanda de reconvención y en el Laudo Arbitral del 5 de julio de 2016, se resolvió *“Declarar la nulidad absoluta del contrato de opción ajustado entre las partes y*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contenido en la cláusula décima del Contrato de Arrendamiento calendarado el 6 de octubre de 1999 y sus modificaciones” y “Consecuencialmente, declarar que no hay lugar a pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda ni sobre las excepciones invocadas por el extremo pasivo”.

Lo anterior, por cuanto el Tribunal de Arbitramento declaró de oficio la excepción de nulidad absoluta y por ende se abstuvo de pronunciarse sobre las pretensiones y de emitir cualquier consideración sobre el contrato de arrendamiento. En efecto, dicho tribunal refirió en la parte motiva de la decisión:

*“En este orden de ideas, advierte el Tribunal que en el presente caso concurren los requisitos exigidos por la ley para que proceda la **declaración oficiosa de la nulidad absoluta**; en efecto: en primer lugar, y como quedó sentado atrás, resulta evidente el motivo determinante de la nulidad; en segundo lugar, el acto jurídico ha sido invocado como fuente de derechos y obligaciones entre las partes; y, tercero, en el proceso están presentes como partes quienes lo fueron en el acto jurídico. Como quiera que por no haberse cumplido por las partes prestación alguna en cumplimiento del contrato cuya nulidad se declara, **no habrá lugar a proveer sobre las prestaciones mutuas; debe advertirse, en todo caso, que la nulidad absoluta de la opción no tiene incidencia alguna respecto de la relación de arrendamiento que vincula a las partes que, dada su independencia, escapa a cualquier pronunciamiento en este proceso**”.*

***“Por lo anteriormente expuesto no resulta necesario decidir sobre las excepciones formuladas por la parte convocada dentro del proceso”.** (Subraya la Sala).*

Así las cosas, no se advierte que se haya resuelto a favor de la pasiva, algunos aspectos que se incluyeron en el objeto del contrato de prestación de servicios, que se reitera, era perseguir un justo precio del contrato de arrendamiento, así como la prórroga del contrato de arrendamiento.

Por otra parte, se debe señalar que la cláusula de éxito depende de la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento. Lo anterior por cuanto por activa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se pretende que los honorarios se tasan en el 5% de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda.

En efecto, de la revisión de la demanda arbitral, se extraen como pretensiones cuantificables:

“Cuarta pretensión: *Se liquide el valor del pago convirtiendo el monto de los dólares pactados a pesos colombianos el día que se debió firmar la correspondiente escritura de compraventa, esto es el 26 de septiembre de 2014”.*

“[...]”

“Quinta pretensión: *se condene a la sociedad R.A. INVERSIONES RIVERA SIERRA S en C a pagar los perjuicios causados a FALCON FORMS DE COLOMBIA S.A. tasado con base en los hechos (sic) 18 de esta demanda”.*

“Pretensión subsidiaria de las pretensiones tercera, cuarta y quinta: *Se ordene pagar a título de indemnización de perjuicios la suma de seis mil quinientos millones de pesos (\$6500.000.000), actualizados a la fecha de pago de la condena señalada en el Laudo Arbitral”.*

Lo anterior se corrobora con el hecho sexto de la demanda que dio origen a este proceso (Fl. 78), en el cual solo se tasaron las pretensiones antes transcritas, estableciendo en cero las pretensiones primera, segunda, tercera y primera subsidiaria de la pretensión cuarta, señalando como montos los siguientes: (i) por la pretensión cuarta \$1.050.275.000; (ii) pretensión quinta \$466.268.600 y (iii) pretensiones subsidiarias segunda de la cuarta y de las pretensiones tercera, y quinta, la suma de \$6.500.000.000 y \$3.510.260.000 a título de indexación. Se tiene que en dicho hecho se había incluido además la suma de \$395.000.000 por gastos del Tribunal de Arbitramento, refiriendo así la parte demandante que las pretensiones ascendían a \$11.921.803.600 y por ende la cláusula de éxito del 5% a \$596.090.180.

Ahora bien, el *a-quo* no accedió a las pretensiones, al estimar que la cláusula de éxito se calcula con base en las pretensiones principales cuarta y quinta, estableciendo como monto de los honorarios la suma de \$59.907.110, los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuales ya fueron solucionados en tanto la parte demandante admitió que la encartada le realizó pagos que ascienden a la suma de \$113.000.000.

De tal manera que por activa se pretende se incluya en la fijación de la cláusula de éxito la pretensión subsidiaria, que como se analiza, según sus cálculos asciende a \$6.500.000.000 por los perjuicios reclamados y \$3.510.260.000 por la indexación.

Frente a dicha situación se debe referir que le asistió razón al *a-quo* al no incluir dichos montos, ello por la consideración inicialmente vertida, esto es, que la cláusula de éxito debe interpretarse con la cláusula primera atinente al objeto contratado y lo perseguido por la sociedad frente al contrato de arrendamiento según lo pactado; y también por cuanto no resulta de recibo cuantificar los honorarios con base en pretensiones de las cuales se abstuvo el Tribunal de Arbitramento de resolver y de pronunciarse incluso sobre las excepciones que se formularon para enervar lo pretendido.

En efecto, la decisión absolutoria no radicó en la procedencia de las excepciones formuladas por pasiva aunado a ello que en la misma se abstuvo el juzgador de emitir cualquier pronunciamiento sobre el contrato de arrendamiento (pese a que en la cláusula primera del contrato de prestación de servicios se estableció como objeto que mediante demanda de reconvencción se pretendía el establecimiento de un justo precio y/o la prórroga de contrato); de tal manera, que no resultaría factible interpretar que se deba solucionar una cláusula de éxito con base en una pretensión indemnizatoria subsidiaria de la cual se relevó el Tribunal de Arbitramento de resolver, pues tal aspecto implicaría analizar de manera asilada la cláusula y acogerla como si expresamente se hubiese pactado su pago con base en las pretensiones principales y subsidiarias y frente a un fallo absolutorio, lo cual desconocería no solo la cláusula primera del contrato, en el cual se incluyeron algunas pretensiones que anhelaba la sociedad accionada, sino las motivaciones contenidas en el Laudo Arbitral.

En ese orden de ideas, estima la Sala que no es de recibo el calcular una cláusula de éxito sobre pretensiones subsidiarias, cuando: (i) el objeto del contrato de prestación de servicios incluía buscar un justo precio del contrato de arrendamiento y/o su prórroga mediante demanda de reconvención; y (ii) la cláusula de éxito debe analizarse con base en las resultas del proceso arbitral, decisión en la cual se relevó el Tribunal de Arbitramento de fallar las pretensiones subsidiarias de la demanda, sin hacer consideración alguna sobre la indemnización por valor de \$6.500.000.000 y su indexación.

Lo anterior incluso se corrobora en tanto el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de emitir condena en costas y de aplicar la sanción por un indebido establecimiento de juramento estimatorio, considerando que la nulidad declarada de oficio “*releva al Tribunal de pronunciarse al respecto*”, de lo cual se evidencia, que no tuvo ninguna incidencia en el fallo la pretensión subsidiaria.

Finalmente, frente a lo expuesto en los alegatos de conclusión por la parte demanda, se debe señalar que el hecho que no se haya impuesto sanción disciplinaria, dicha situación en manera alguna implica que se deba acceder a las pretensiones de la demanda, en tanto, es el proceso ordinario laboral la vía procesal que define si se adeuda suma alguna de dinero por concepto de honorarios profesionales.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA FENIBER QUINTERO BOHÓRQUEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, COLPENSIONES, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA, a fin que se declare que el señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA (q.e.p.d.), fue trabajador de la extinta FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. – hoy COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., quien era beneficiario del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Por tal razón, se condene a ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, expedir a favor del fallecido señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le correspondía por el tiempo laborado en dicha Compañía; a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA a cancelar a COLPENSIONES el título pensional o cálculo actuarial respectivo.

Asimismo, se condene a COLPENSIONES tener en cuenta el tiempo laborado por el causante en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA a efectos que sea resuelta la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, así como que esta última se le reconozca a partir del 19 de julio de 1992 con ocasión al deceso del causante, más todos los incrementos legales vigentes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que se condene a las encartadas al pago de perjuicios morales y materiales de lucro cesante y el daño emergente por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial, los cuales estima en 100 S.M.L.M.V., así como que se le condene a COLPENSIONES al pago de la indemnización dispuesta en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972 desde el 19 de julio de 1992, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Como pretensiones subsidiarias, solicita la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A., de las obligaciones pensionales en favor del fallecido señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA, al pago con destino a COLPENSIONES del título pensional o cálculo actuarial que le correspondía al causante.

También se declare la responsabilidad subsidiaria de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como titular jurídico de la cuenta del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ de las obligaciones pensionales del causante y, por ende, se le condene pagar a COLPENSIONES el título pensional o cálculo actuarial que le correspondía al fallecido por el tiempo laborado en la FLOTA MERCANTE S.A., y que se le condene a COLPENSIONES pagar todas las sumas indexadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo en síntesis que contrajo matrimonio con el señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA (q.e.p.d.), quien nació el 10 de noviembre de 1950 y falleció el 19 de julio de 1992.

Mencionó que el causante laboró para la FMG mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 13 de junio hasta el 13 de octubre de 1973 y por contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de septiembre de 1979 hasta el 19 de julio de 1992, acumulando un total de 689.85 semanas de cotización.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Manifestó que el causante estaba afiliado a la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial - UNIMAR, por lo que era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con la FMG, en la que se pactó la pensión de jubilación.

Asimismo, señaló que la FMG no efectuó el pago de los aportes a pensión del causante entre el 1º de septiembre de 1979 y el 14 de agosto de 1990, precisando que, para el momento de su fallecimiento se encontraba afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Agregó que el 03 de noviembre de 2017 agotó la reclamación administrativa ante el FONDO NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, ASESORES EN DERECHO S.A.S., FIDUCIARIA LA PREVISORA, LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA y COLPENSIONES (fls. 694 a 708).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que nunca sostuvo una relación laboral con el causante, aunado a que, no se encuentra dentro de sus funciones legales reconocer pensiones, como tampoco es el ente responsable en forma solidaria de la Compañía de inversiones de la Flota Mercante.

Aseguró que en virtud del Decreto 4712 de 2008, los funcionarios del Ministerio solo pueden hacer lo permitido en la Constitución y en la Ley, según la competencia asignada, por lo que, no es el competente para reconocer el pago de acreencias de trabajadores vinculados a otras entidades.

Agregó que en virtud de la sentencia SU 1023 de 2001, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA es la encargada de responder por el pasivo pensional del demandante, puesto que es quien administra el FONDO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

NACIONAL DE CAFÉ, entidad que a su vez funge como matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A.

Formuló las excepciones de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de obligación por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción y genérica (fls. 795 a 807).

COLPENSIONES manifestó que la demandante debe acreditar que le asiste derecho a que se declare la existencia de un vínculo laboral con la FMG y que no se efectuó el pago de aportes a pensión. Indicó que no hizo parte de la relación laboral entre el causante y la FMG, por lo que no tiene responsabilidad alguna por negligencia u omisión de aportes.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica (fls. 814 a 840).

La Sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S. contestó la demanda argumentando que no existe derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, toda vez que, cuando el causante prestó el servicio, es decir, por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 1979 y el 15 de agosto de 1990, no existía la obligación legal de afiliar a los trabajadores marítimos, pues sólo hasta el 2 de agosto de 1990 el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES expidió la Resolución No. 03296, convocando a los empleadores marítimos para la afiliación y cotización de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Argumentó que la extinta CIFM S.A. realizó el pago de aportes a pensión a favor del causante bajo el registro patronal No. 1007100217 y No. 1817100860, aunado a que, que en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014 actúa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

solo como mandataria con representación de PANFLOTA, reseñando que como fiduciaria no es administradora de fondo de pensiones como para validar los tiempos laborados a favor de entidades distintas a la CIFM S.A.

Aseguró que a la actora no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990, ya que no cumple con los requisitos para ello.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el I.S.S. no había asumido los riesgos I.V.M., imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, innominada o genérica y oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante (fls. 862 a 883).

La FIDUCIARIA PREVISORA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones bajo el entendido que no es subrogataria, cesionaria o sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA-FMG, sino que su capacidad se encuentra delimitada por el objeto del contrato de fiducia, es decir, al pago de las mesadas pensionales y los aportes a seguridad social en salud a cargo de la FMG, por medio del patrimonio autónomo denominado PANFLOTA.

Señaló que en el contrato de fiducia se acordó que, para realizar el pago de las mesadas pensionales y los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, era menester la existencia de un acto administrativo ordenando el pago, así como que el ex empleado se encontrara en el anexo 1 y que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS entregara al patrimonio autónomo los recursos correspondientes para efectuar dicho pago. Explicó que la Superintendencia de Sociedades mediante auto 400-010509 ordenó reabrir el proceso liquidatorio de CIFM, con el fin de nombrar a un mandatario que atendiera las solicitudes y trámites pensionales de la extinta entidad, función que en la actualidad está a cargo de la sociedad ASESORES EN DERECHO LTDA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación, imposibilidad de dar cumplimiento e innominada (fls. 886 a 903).

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA adujo que el causante no fue su trabajador, por lo que no debe responder por un derecho pensional.

Igualmente refirió que desvirtuará el hecho de que la liquidación de la CIFM fue consecuencia de una decisión suya como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, así como que el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ no cuenta con personería jurídica y su administración se circunscribe a lo señalado en la ley y en el contrato de administración, siendo LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO quien determina cómo se deben administrar tales recursos, en consecuencia, no está facultada para destinar esos emolumentos a fines no previstos en la ley.

Formuló los medios exceptivos de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, cosa juzgada, pago y compensación y genérica (fls. 977 a 1019).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de septiembre de 2021 declaró que entre el señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. existieron dos contratos de trabajo por los periodos comprendidos entre el 13 de junio y el 13 de octubre de 1973 y entre el 1º de septiembre de 1979 y el 19 de julio de 1992, al igual que condenó a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial por concepto de aportes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionales a favor del causante GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA, correspondiente al tiempo en que no estuvo afiliado a pensiones por la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. comprendido entre el 1º de septiembre de 1979 y el 14 de agosto de 1990, con base en el salario certificado por la FIDUPREVISORA S.A., del cual debe correrse traslado a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y ASESORES EN DERECHO S.A. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA.

Asimismo, condenó a ASESORES EN DERECHO S.A. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, a emitir la respectiva resolución a través de la cual se reconozca y ordene transferir a COLPENSIONES el valor correspondiente al cálculo actuarial del causante en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA.

Condenó a la FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de administradora y vocera del Patrimonio Autónomo de PANFLOTA, pagar a COLPENSIONES y a nombre del señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA el valor del cálculo actuarial por el tiempo que no estuvo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones comprendido entre el 1º de septiembre de 1979 y el 14 de agosto de 1990, declarando a su vez que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, es responsable subsidiaria de la obligación pensional por concepto de pago del cálculo actuarial por aportes a pensión a favor del causante, en su calidad de matriz o controlante de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA, de allí que se le condenara al reconocimiento y pago del cálculo actuarial siempre y cuando la FIDUPREVISORA S.A. como administradora del patrimonio de PANFLOTA, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones.

Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante desde 19 de julio de 1992, fecha del deceso del señor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA, en cuantía inicial de \$261.274 y por 14 mesadas al año junto con el reajuste legal, condenando un pago en la suma de \$287.867.075 por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 16 de junio de 2013 y el 31 de agosto de 2021, sumas que deberán ser indexadas al momento en que se efectúa el pago, autorizando a COLPENSIONES que del retroactivo se realice el correspondiente descuento de los aportes en salud, al igual que realice la respectiva compensación frente a la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes pagada a través de la Resolución No. 4685 de 1993.

Condenó en costas a las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A.S., FIDUPREVISORA S.A. y a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.

Para arribar a dicha conclusión, la falladora de instancia manifestó que el causante laboró para la FMG, después COMPAÑÍA DE INVERSIONES FLOTA MERCANTE-CIFM desde el 13 de junio hasta el 13 de octubre de 1973 y desde el 1º de septiembre de 1979 hasta el 19 de julio de 1992. Explicó que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de tiempos que no fueron cotizados por falta de cobertura del sistema pensional, el empleador debe contribuir con el pago de la prestación mediante un cálculo actuarial o título pensional, lo cual fue ratificado por la Corte Constitucional al concluir que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a sus trabajadores por falta de cobertura, pues debían contar con el aprovisionamiento exigido por la ley.

En ese orden de ideas, encontró que la demandante tiene derecho a que se efectúe el cálculo actuarial por el tiempo laborado por el causante, por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 1979 y el 14 de agosto de 1990, pues los demás periodos laborados para la CIFM fueron relacionados en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la historia laboral de COLPENSIONES. Indicó que el cálculo actuarial debe ser realizado de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003.

Por otra parte, precisó que dentro de las funciones de la sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S. no está el pago del pasivo pensional, sino únicamente la expedición del acto administrativo de reconocimiento del derecho, adicional al hecho que a través de contrato de fiducia entre la FIDUPREVISORA y la FIDUAGRIA, se constituyó un patrimonio autónomo denominado PANFLOTA con los bienes y recursos que fueron transferidos por la liquidadora, con el fin de que la FIDUPREVISORA administre esos recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la CIFM.

Mencionó que a la FIDUPREVISORA se le encargó la función de administrar el pasivo de PANFLOTA, pagar las mesadas a los pensionados de la CIFM y verificar que dichos pensionados cumplan con los requisitos para acreditar su condición de beneficiarios de la prestación, por lo que concluyó que es a la FIDUPREVISORA a quien corresponde el pago del cálculo actuarial.

De otro lado, argumentó que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA registró la situación de control que ejercía sobre la CIFM, por lo que, al haber sido liquidada esta última, operó la presunción contenida en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por lo que la liquidación de la CIFM fuese producida por el actuar de la sociedad matriz, es decir, que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA deberá responder de manera subsidiaria el pago del cálculo actuarial.

Frente a la responsabilidad de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, no resulta procedente dentro del presente asunto como quiera que en la demanda dicha responsabilidad se instó de manera subsidiaria en caso de no prosperar sobre las demandadas enunciadas en precedencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Aseveró que no procede el pago de perjuicios morales y materiales en tanto no fueron probados, precisando que el documento denominado “*cálculo actuarial señor Gregorio Avelino Ocampo Mantilla*”, realizado por el economista GERMAN PEÑA ORDOÑEZ, no contiene ningún elemento que dé cuenta de la existencia de los perjuicios morales y materiales. Afirmó que el pago de los intereses moratorios no procede, toda vez que el cálculo actuarial lleva implícita la actualización de la moneda.

De otro lado, señaló que la norma para realizar el reconocimiento pensional es la vigente al momento del fallecimiento, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, considerando que el causante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cumplió con el requisito de haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo, toda vez que para el momento de su fallecimiento tenía 689.99 semanas, aunado a que la demandante logró acreditar su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes toda vez que aportó el Registro Civil de Matrimonio con el causante, sin que COLPENSIONES lograra demostrar que la actora se encontrara inmersa en una de las causales de pérdida del derecho.

Finalmente, expuso que no es dable reconocer la indemnización contenida en la Ley 10 de 1976.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló argumentando en su alzada que, si bien ASESORES EN DERECHO S.A.S. certificó el salario del causante, lo cierto es que esa suma no corresponde a la realidad, pues en la hoja de vida del ex trabajador se evidencia el salario devengado año a año, siendo que la prima extralegal de servicios constituye factor salarial de conformidad con el artículo 1 del Pacto de New York, aunado a que, se acreditó que todos los emolumentos devengados eran salario, por lo que se debe efectuar el cálculo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

actuarial con base en el último salario devengado, en atención al artículo 4º del Decreto 1887 de 1994.

Mencionó que las primas extralegales constituyen salario, por haber sido creadas por el Laudo Arbitral de 1965 y 1973, por lo que debieron incluirse en el pago de la seguridad social, causando un detrimento patrimonial a COLPENSIONES. Indicó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cambió su postura en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional, de forma tal que en la actualidad se permite el pago de los intereses moratorios, dado que es la forma de resarcir los perjuicios ocasionados, de allí que sea procedente el pago de los mismos y no la indexación.

Solicitó no desvincular del proceso al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sino hasta cuando la sentencia se encuentre debidamente ejecutoriada, toda vez que en la actualidad se está tramitando un proyecto de ley que busca que el Estado sea quien pague esas obligaciones pensionales.

ASESORES EN DERECHO S.A.S. presentó recurso de apelación señalando en inicio que se compulsen copias al apoderado de la parte demandante por infringir lo consagrado en la Ley 1123 de 2007, toda vez que en sus alegatos de conclusión faltó a la ética profesional al realizar aseveraciones en su contra al acusarlos de fraude procesal.

De otro lado, manifestó que la decisión de primera instancia no guarda coherencia con las pruebas obrantes dentro del proceso, pues la Resolución 014 de 2020 y la Resolución 045 de 2020, demuestran que se realizó un reconocimiento del cálculo actuarial de acuerdo a los valores consignados por COLPENSIONES. Esgrimió que el contrato de mandato suscrito por ASESORES EN DERECHO S.A.S. contiene taxativamente las obligaciones y el margen de maniobra, de tal suerte que la sociedad no es custodia de documentos, ni



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

subrogatoria, ni empleadora; no obstante, se cumplió con el fallo emitido por el Consejo de Estado.

Indicó que en la Resolución 045 de 2020 se condenó al pago de un retroactivo de \$468.000.000, teniendo en cuenta un salario base de \$241.761, el cual fue asignado por COLPENSIONES. Recordó que la parte actora ha alegado la existencia de las convenciones colectivas, pero a pesar de ello, desde la teoría general de las obligaciones, se evidencia que las convenciones aplicables son las que estaban vigentes al momento de la vinculación del causante, sin que sea posible reconocer derechos de convenciones que datan de 1950 como lo ha dicho la parte demandante.

Resaltó que la sociedad ha cumplido sus obligaciones, por lo que no puede ser considerada vencida y, por ende, no procede ninguna condena en su contra y mucho menos el pago de costas procesales.

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA argumentó en su alzada que se ignoró el fallo de tutela emitido por el Consejo de Estado del 19 de julio de 2017, por medio del cual se decidió sobre el caso de la demandante, dando paso a una serie de órdenes y por ende de actos jurídicos que no fueron tenidos en cuenta, dentro de ellos, la Resolución 014 de 2020 y la Resolución 045 de 2020, a través de la cual ASESORES EN DERECHO S.A.S. reconoció un título pensional por el tiempo laborado por el causante, en consecuencia, solicitó que se tomen las medidas correspondientes, incluyendo la declaratoria de la cosa juzgada.

Argumentó que las pretensiones dirigidas en su contra se hicieron de forma subsidiaria, lo que significa que solo hay lugar a su reconocimiento cuando no se accede a las pretensiones principales, pues está vedada la concesión de pretensiones principales y subsidiarias. Aseveró que se debe estudiar el fenómeno de la responsabilidad subsidiaria, ya que fue el camino solicitado por la parte actora para condenarle, de ahí que se debe analizar si en efecto procede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la presunción contenida en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, ya que se allegaron las pruebas suficientes para concluir que la situación de la FMG no fue causada por su órgano matriz, *a contrario sensu*, se adoptaron políticas administrativas idóneas para sobrellevar la situación.

Solicitó tener en cuenta el concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 15 de febrero de 2001, en el que se estableció que no es la llamada a responder por las obligaciones pensionales de los ex trabajadores de la FMG, máxime cuando los recursos del Fondo Nacional del Café son de origen parafiscal. También argumentó que se debe realizar un estudio del deber de aprovisionamiento por parte de los ex empleadores, toda vez que, dicha obligación no existió por tratarse de cotizaciones entre 1979 y 1990, lapso en el que no se había llamado a las empresas marítimas a efectuar los aportes a seguridad social.

De otro lado, solicitó que en caso de confirmar la condena, se evalúe la procedencia de una morigeración de la orden, teniendo en cuenta las siguientes alternativas: i) que se use un vehículo financiero diferente al cálculo actuarial dado que el Decreto 1887 de 1994 no es aplicable al sub lite; ii) que dentro de las operaciones aritméticas del Decreto 1887 de 1994 se evidencia que está incluida la indexación, sin embargo, tal actualización está implícita en la conversión del salario devengado en dólares americanos a pesos colombianos; iii) que la condena del cálculo actuarial se efectúe teniendo en cuenta solo los salarios mínimos de la época en el que el causante prestó sus servicios a la FMG, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional; iv) que se tenga en cuenta que en la época de la prestación de los servicios del causante, existían tablas de cotizaciones que imponían topes de salario máximo asegurable, las cuales eran establecidas por el ISS y deben ser respetadas a la hora de realizar el cálculo; v) que no se tome en cuenta el último salario devengado por el causante, dado que las cotizaciones se hacen periódicamente; vi) que se realice el cálculo conforme al salario básico devengado por el causante, por cuanto no se probó la naturaleza salarial de ningún otro factor; iv) que se autorice el descuento del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porcentaje de cotización atribuible al trabajador; v) que se autorice el descuento de días de licencia no remunerada y suspensiones o sanciones en las que se vio inmerso el causante.

Por último, solicitó se absuelva del pago de costas, dado que la solución de este tipo de procesos obedece a una aplicación jurisprudencial, sin que se pueda atribuir un actuar defraudatorio.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. presentó recurso de apelación, argumentando que no se tuvo en cuenta que no es sucesora procesal de la FMG, toda vez que tan solo administra los recursos transferidos por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, precisando que no es la encargada de elaborar las certificaciones ordenadas. Señaló que, de conformidad con el contrato de fiducia, no tiene a su cargo el pago del cálculo actuarial, dado que el patrimonio autónomo constituido sólo tiene por objeto el pago de las mesadas pensionales y contingencias jurídicas que expresamente se hayan entregado a la fiduciaria.

A su vez, refirió que las obligaciones pactadas en el contrato de fiducia no pueden hacerse extensivas al pago de cálculos actuariales, adicional a que, la sentencia SU 1023 de 2001 estableció que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA es la encargada de responder por las condenas impuestas, dejando de presente que la falladora de instancia incurrió en una indebida aplicación del artículo 365 del CGP, puesto que la condena en costas solo procede por sentencia.

COLPENSIONES formuló recurso de apelación argumentando que a través de la Resolución 4685 de 1993 reconoció indemnización sustitutiva a la pensión de sobrevivientes del causante y a favor de la demandante en calidad de cónyuge, en porcentaje del 100%, precisando que el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 establece que la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Argumenta que el causante solo tenía en su historia laboral 123.57 semanas, sin que haya cumplido con el mínimo de 300 semanas requeridas de cotización, resaltando que el Concepto interno No. 27014853/001 de 2007, muestra que la Superintendencia Financiera reafirmó que las semanas pagadas por medio del cálculo actuarial solo están llamadas a cubrir el riesgo generado por la vejez, aclarando que las semanas recuperadas a través del cálculo actuarial por omisión de afiliación pueden computarse para cubrir los riesgos de invalidez y muerte únicamente cuando no se hayan generado durante el periodo de omisión y una vez generado le compete al empleador el reconocimiento y pago de las prestaciones generadas como consecuencia de la omisión; circunstancia por la cual, solicita se le absuelva del pago de la pensión de sobrevivientes, por cuanto los periodos no fueron cotizados en tiempo por parte del empleador, por ende, es aquel quien debe responder por la prestación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar, en virtud de las materias objeto de los recursos de apelación y el grado de jurisdiccional de consulta, si le asiste el derecho a la actora a la expedición del cálculo actuarial y determinar la responsabilidad de cada una de las demandadas en esa obligación.

Como segundo problema jurídico, deberá determinarse la procedencia del derecho pensional por sobrevivencia de la aquí demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

c. Del caso en concreto:

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre el señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA (q.e.p.d.) y la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., existieron dos contratos de trabajo que estuvieron vigentes comprendidos entre el 13 de junio y el 13 de octubre de 1973 y entre el 1° de septiembre de 1979 y el 19 de julio de 1992, hechos ratificados mediante la documental allegada, por tanto el punto de discusión se centra en que existió un periodo de labores sin que se realizaran las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Seguridad Social y, por tal razón, se debería pagar el cálculo actuarial.

d. Procedencia del pago o traslado del título pensional.

Con base en lo anterior, para resolver el problema jurídico debe advertirse que esta Corporación es del criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de no existir el llamado de afiliación por parte del régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio que empezó a construir nuestro máximo órgano de cierre de la especialidad a partir de la sentencia con radicado No. 41745 del 16 de julio de 2014 identificada con el No. SL9856-2014, en la cual se señaló:

“Estima esta Corte que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

“Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario, se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS.

“En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

“Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

“Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

La misma Corporación reiteró y ratificó el anterior criterio, constituyéndose en doctrina probable, tal como se evidencia de las sentencias SL2138-2016, SL3892-2016, SL 4072-2017 y la SL5535-2018, por lo que esta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, en tanto con ello se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a favor del interesado el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados por este, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, se puede colegir que para los periodos laborados por el causante señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA ordenados para cálculo actuarial por la falladora de instancia, comprendidos entre el 1º de septiembre de 1979 y el 14 de agosto de 1990, no existía la obligación legal de afiliación; sin embargo, en una aplicación sistemática de las normas que regulan la seguridad social en pensiones, se concluye que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además, debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, allí se indicó que este aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

De otro lado, el cálculo actuarial debe comprender el porcentaje que le corresponde asumir al trabajador en el aporte pensional, toda vez que como lo ha hilado de manera pacífica la jurisprudencia en torno a los casos de no afiliación, en esos periodos de no cobertura se mantiene en cabeza del empleador el riesgo pensional, de modo que no correspondía al trabajador contribuir en un porcentaje para su aporte pensional. En tal sentido, en sentencia SL 14388-2015, se concluyó por el Tribunal de cierre que en *“aquellos casos en los que se verificaba una falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio (...) los lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional.”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su vez, debe decirse que le asiste razón a la *a-quo* al determinar que la elaboración del cálculo actuarial corresponde hacerla a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el causante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normativas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto, que es el Fondo de Pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en últimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sus decisiones siempre ha ordenado el pago del respectivo cálculo actuarial sin especificar de ante mano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:

“Al pago de los aportes por concepto de pensiones conforme al cálculo actuarial que determine la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, o se afiliare si no lo está”.

Ahora bien, frente al salario a tenerse en cuenta por parte de la AFP en aras de realizar el cálculo actuarial, debe decirse que corresponde al último salario devengado por el trabajador. Frente a ese punto, se encuentra que la operadora de instancia no se refirió al respecto, pues argumentó en forma genérica que el cálculo debía realizarse teniendo en cuenta las sumas constitutivas de factor salarial certificadas por la FIDUPREVISORA, por lo que en aras de concretarlo goza de total procedibilidad la hoja de valores devengados para prestaciones sociales obrante a folio 2 del cuaderno contentivo de la hoja de vida del trabajador fallecido, donde se puede verificar que el salario devengado al menos hasta el año 1988 ascendía a la suma de \$389.86, no obstante no se observa cuáles eran los demás factores salariales percibidos, tales como horas extras, dominicales y festivos, primas extralegales, alimentación y alojamiento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Bajo este tópico, se modificará este aspecto de la sentencia teniéndose como último salario devengado la suma de \$389.86 a efectos de efectuar el cálculo actuarial, el cual ajustado conforme a las tablas de cotización de aportes establecidas por el ISS para la época a través del Decreto 1991 de 1967, artículo 14, se tiene ésta se ubica en la categoría II (desde \$360.99 hasta \$539.99 mensual), toda vez que el salario mensual del fallecido ascendió a \$389.86, de modo pues que el salario a tener en cuenta por parte de COLPENSIONES a efectos de realizar el cálculo actuarial debe ser el que corresponde a dicha categoría.

Lo anterior, máxime que el accionante en la alzada señala que todos los emolumentos devengados constituyen salario, no obstante, el cálculo actuarial no puede elaborarse con la multiplicidad de acreencias que relata el actor de manera genérica, al señalar que todas las prestaciones extralegales constituyen salario, y que sustenta a su vez en instrumentos internacionales o en Laudos Arbitrales de los años 1965 y 1973, los que además no militan en el plenario.

Conforme a lo expuesto, la sentencia se modificará en el sentido de ordenar a COLPENSIONES que realice el cálculo actuarial en los términos antes expuestos. Precisándose en este aspecto, que la orden dada mediante acción de tutela proferida por el Consejo de Estado el 19 de julio de 2017 (Fls. 663 a 668), fue de carácter transitorio, imponiéndole a la parte actora la orden de iniciar el proceso ordinario laboral en aras de definir lo que ahora es objeto de estudio en el presente proceso; circunstancia por la cual, considera la Sala que no hay lugar a declarar la cosa juzgada constitucional.

e. De la responsabilidad de las demandadas.

En el *sub-examine* se tiene que a través del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de pagos No. 3-1-0138, celebrado el 14 de febrero de 2006, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante constituyó Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA, cuyo objeto es la administración de tales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

recursos por parte de esta sociedad y su destinación al pago de las mesadas pensionales a cargo de la CIFM. Asimismo, los numerales 4 y 16 de la cláusula cuarta advierten que la FIDUPREVISORA debe cancelar oportunamente las obligaciones que afecten el patrimonio autónomo, siempre y cuando cuente con los recursos para cumplir dicho propósito.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en varias sentencias ha referido que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS es llamada a responder de manera subsidiaria en calidad de controlante, tal y como se evidencia en la sentencia de la CSJ SL 471 de 2019, en la que se refirió:

“Para este asunto, la presunción de la responsabilidad permite partir de la base de que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y, en tal medida, las obligaciones de la sociedad en liquidación deben ser asumidas por la matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de demostrar lo contrario. Tal y como lo adujo esta Sala en sentencia CSJ SL15310-2014.

[...]

“Así, la Sala advierte que en el expediente obra el certificado de existencia y representación legal de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a folios 8 a 16 vto. en el que se inscribió dicha situación de control, en los siguientes términos:

“Que por documento privado n.º 0000001 de empresario del 18 de mayo de 2006, inscrito el 14 de junio de 2006 bajo el número 00102413 del libro 1 de las entidades sin ánimo de lucro se comunicó que se ha configurado una situación de control por parte de la sociedad matriz: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia con la sociedad de la referencia.”

“Es decir, resulta inane la discusión atinente a la ausencia de unidad de empresa y conexidad en el objeto social, si la situación de subordinación ya está plenamente acreditada.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la precitada sentencia también se hace referencia a los autos 400010928, 400016211 Y 400017782 de la Superintendencia de Sociedades, de los cuales se señaló:

“En este orden de ideas, debe entenderse que el auto proferido por la Superintendencia de Sociedades, protege íntegramente a los pensionados, futuros pensionados y sustitutos pensionales (sic), en cumplimiento estricto de la sentencia SU 1023 de 2001, es decir el obligado es y seguirá siendo la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, a quien en ningún momento se le está exonerando de las obligaciones impuestas por la Honorable Corte Constitucional, para lo cual se utilizará el instrumento que es el patrimonio autónomo constituido en Fiduprevisora S.A., quien será el encargado de ejecutar materialmente las obligaciones a cargo de la citada Federación. Advirtiendo igualmente, que las obligaciones dineradas están a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y en ningún momento se trasladarán a la Fiduciaria La Previsora S.A., quien como se indicó es el Instrumento para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la accionada”.

Finalmente se señaló, que:

“En tales condiciones, la impugnante no logró demostrar, con base en pruebas calificadas en casación, los errores de hecho que le endilga al tribunal. Por el contrario, estas reafirman su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales, tal y como lo advirtió palmariamente la misma superintendencia de sociedades al hacer referencia a la ya citada sentencia de la Corte Constitucional.”

Atendiendo a los citados criterios jurisprudenciales, observa esta Sala que le asistió la razón a la *a-quo* al considerar que si bien es cierto COLPENSIONES debe reconocer al accionante los tiempos no cotizados por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., dichos tiempos deberá cancelarlos, una vez realice el cálculo actuarial respectivo, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, y en el evento en que dicha entidad compruebe que no cuenta con los recursos necesarios para atender dicha obligación, asumirá tal obligación de manera subsidiaria la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, como administradora del Fondo Nacional del Café.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Criterio este, que se acompasa a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1889-2021, Radicación No. 81240 del 18 de mayo de 2021:

“En todo caso, lo cierto es que las consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional en la sentencia CC SU1023-2001, avalan el raciocinio del sentenciador de segundo grado, y no, el de la censura. En efecto, en la citada decisión, esa corporación dijo lo siguiente:

“16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

“Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante está a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia.

En aplicación de los anteriores aspectos, las relaciones entre el Gobierno y la Federación están señaladas en la ley y en el contrato de administración. Así por ejemplo, en el contrato de administración celebrado el 12 de noviembre de 1997 se aprecian los siguientes aspectos referentes a la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café:

a. En la cláusula séptima consagra como obligaciones de la Federación Nacional de Cafeteros las de invertir y administrar los recursos del Fondo Nacional del Café.

b. En la cláusula octava señala las actividades que podrá ejecutar la Federación con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, las cuales comprenden, entre otras, las de efectuar inversiones permanentes.

c. La cláusula undécima contempla entre los ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, los provenientes de los rendimientos de las distintas inversiones, incluyendo las financieras, y como otros egresos netos los correspondientes a los programas de inversión que incluyan la capitalización o liquidación de las empresas en las cuales el Fondo Nacional del Café sea accionista.

Los aspectos antes señalados, es decir la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de derecho privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento en esta oportunidad para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

Ahora bien, en este caso y según lo precisó la Corte en la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, “el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada.

“Se trata, entonces, de una presunción juris tantum, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por lo tanto, la declaración de fondo sobre la responsabilidad de la matriz compete tomarla, con valor de cosa juzgada, al juez ordinario y no al juez de tutela. En ese escenario corresponderá establecer si la responsabilidad debe establecerse con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, de la firma administradora de los recursos del Fondo, de la Nación o si existen otros responsables por las obligaciones laborales de la compañía en liquidación obligatoria. [Subraya la Sala]

“Con fundamento en el último párrafo de la cita, se tiene que fue justamente en este proceso en el que se discutió cuál de las entidades debía responder, y la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria concluyó que debía hacerlo la Fiduciaria La Previsora SA, en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, y, subsidiariamente, la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café; conclusiones que, ya se dijo, se fundaron en las pruebas recaudadas en el proceso, sin que en el recurso extraordinario se denunciara que su falta de apreciación o equivocada valoración hubieran conducido al sentenciador de segundo grado a violar la ley.”

De igual manera en la referida providencia dicha Corporación ordenó *“En sede de instancia, se dispone que el pago y traslado de los recursos a Colpensiones, correspondientes al cálculo actuarial indicado en la parte motiva de esta sentencia queda asignado, en su totalidad, como una obligación de la Fiduciaria La Previsora SA, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo Panflota y, en subsidio, de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con cargo al Fondo Nacional del Café”.*

En cuanto al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, resulta evidente que en efecto, dentro de sus obligaciones no está la de elaborar el cálculo actuarial y no le cabe responsabilidad alguna; ello teniendo en cuenta que, como ya se explicó, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA funge como matriz de la Compañía de Inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A. indistintamente de su naturaleza de asociación sin ánimo de lucro de carácter civil que administra el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, que si bien es una cuenta de naturaleza parafiscal constituida con recursos provenientes de contribuciones parafiscales y cuyo objeto es pretender a la estabilización del ingreso cafetero a través de la reducción de los efectos de la volatilidad del precio internacional, tal como se desprende del ya mencionado contrato



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suscrito entre la federación y el Gobierno Nacional. Máxime que la alzada se sustenta en un hecho eventual, como lo es una reforma legislativa.

Implica lo enunciado que la decisión adoptada por el fallador de primer grado en torno a las responsabilidades en cabeza de las entidades hoy demandadas se encuentra ajusta a derecho, por lo que habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto.

f. De la pensión de sobrevivientes:

Dilucidado lo anterior, se procede al estudio de la pensión de sobrevivientes, para lo cual debe advertirse que se acreditó que el ISS, hoy COLPENSIONES, concedió a la demandante señora MARÍA FENIBER QUINTERO BOHÓRQUEZ indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con ocasión de la muerte del causante GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA en calidad de cónyuge, tal como se extrae de la Resolución GNR 223246 del 28 de julio de 2016 (fls. 652 a 656), donde no se tuvo en cuenta el tiempo laborado para la CIFM, pues tan solo fueron imputadas 123 semanas de cotización.

Ahora para el reconocimiento pensional por sobrevivencia debe tenerse en cuenta la norma vigente al momento en que ocurre el fallecimiento, en este caso, se tiene que el señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA falleció el 19 de julio de 1992 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto a folio 567, aspecto que permite determinar que la norma vigente para la fecha de su deceso se regía bajo la égida de los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, los cuales señalaban como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o, 300 en cualquier tiempo, requisito que se cumple en el presente proceso con el tiempo anteriormente reseñado que el fallecido laboró al servicio de la CIFM, que sumado al efectivamente cotizado al ISS demuestra un total de 785,71 semanas, las cuales dan lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo que concierne al requisito de convivencia, debe señalarse que la calidad de beneficiaria fue reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES y tampoco la discutió en el proceso, puesto que como ya se advirtió, la entidad le había reconocido previamente tal calidad concediéndole la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes como cónyuge del causante, siendo el único argumento para negar la prestación periódica por sobrevivencia que aquí se reclama, el hecho de no haber reunido el causante el número de semanas requerido para tal fin; de ahí que al haber quedado demostrada la convivencia en común entre la actora con el fallecido por la vía administrativa, e incluso, reposando el registro civil de matrimonio de la pareja y escritura pública contentiva del testamento del causante, donde se precisa que tuvo tal calidad y se indica que al momento de dicho acto, (julio de 1992), no había separación o divorcio (fls. 038 y 570-571), se considera que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y en tal virtud, se confirmará la decisión de primer grado, que arribó a similares conclusiones.

Frente al monto de la prestación, ha de precisarse que se ajusta a derecho la liquidación verificada en primera instancia, al haber acogido los emolumentos pertinentes para su reconocimiento, y se ciñó a los términos descritos en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, lo cual también se predica del retroactivo pensional, máxime que el accionante en la alzada señala que todos los emolumentos devengados constituyen salario, no obstante, el cálculo actuarial no puede elaborarse con la multiplicidad de acreencias que relata el actor de manera genérica, al señalar que todas las prestaciones extralegales constituyen salario, y que sustenta a su vez en instrumentos internacionales o en Laudos Arbitrales de los años 1965 y 1973, los que además no militan en el plenario, y en todo caso ha sido clara la jurisprudencia al establecer que los aportes se realizan con base en el salario.

También se confirmará lo atinente a la fecha en que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, pues de conformidad con los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

artículo 488, 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., las mesadas causadas con anterioridad al 16 de junio de 2013 gozan del fenómeno prescriptivo, en tanto, la demandante presentó la reclamación administrativa el 16 de junio de 2016 y la demanda fue presentada el 05 de diciembre de 2017 (Fl. 691), advirtiéndose que el retroactivo pensional debe calcularse sobre 14 mesadas anuales, lo cual deberá pagarse debidamente indexado según lo estimó el a quo, sin que haya lugar a intereses moratorios como lo exige la parte actora, dado que el reconocimiento pensional se da en virtud de lo que se está decidiendo en el proceso, por obra del alcance jurisprudencial anteriormente explicado en torno al pago de aportes, que desde luego echaba de menos COLPENSIONES, razón que resultaba válida para no conceder la prestación, lo cual es un eximente para no condenar a intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha estimado la reciente jurisprudencia laboral.

Igualmente, se autorizará a COLPENSIONES descontar del retroactivo causado, lo que el ISS le canceló a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva, debidamente indexado al momento de hacerse efectivo, tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL9769-2014.

Finalmente, frente a la solicitud de compulsar copias, la parte interesada deberá proceder a instaurar la respectiva queja, si estima que se ha incurrido en una falta disciplinaria.

En este contexto decisonal, y al quedar resueltos todos y cada uno de los puntos materia de inconformidad planteado por los apelantes, la Sala modificará parcialmente la decisión de primera instancia. Así se decidirá.

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

DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2021, en el sentido de indicar que COLPENSIONES debe realizar cálculo actuarial con base al último salario devengado por el señor GREGORIO AVELINO OCAMPO MANTILLA, hoy fallecido, al 19 de julio de 1992, el cual correspondía al salario asegurable de la categoría (II) de las tablas de aseguramiento del ISS, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
(Salva Voto)

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 20 2020 00250 01
Demandante: JOSÉ REINALDO PÉREZ ALFONSO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, la sentencia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto la decisión fue adversa a los intereses de la encartada.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ REINALDO PÉREZ ALFONSO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que tiene derecho a que se le reconozca la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, prevista en el Decreto 2090 de 2003 en concordancia con la Ley 100 de 1993, desde el 3 de septiembre de 2016.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar las mesadas pensionales desde el 3 de septiembre de 2016, junto con los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y en caso de no proceder los intereses, se condene a la indexación de las sumas adeudadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refiere que nació el 3 de septiembre de 1961 y se encuentra afiliado a COLPENSIONES desde el 22 de noviembre de 1983. Asimismo, detalló que laboró para diferentes empleadores desde el 22 de noviembre de 1983 hasta el 28 de febrero de 2015, alcanzando un total de 9416 días cotizados, desempeñándose como picador de carbón y reforzador en las diferentes empresas en las que laboró, actividades desarrolladas siempre bajo tierra, en socavones o en áreas subterráneas, las cuales son calificadas como de alto riesgo, lo que se colige con las certificaciones expedidas por los empleadores EXPLOTACIONES CARBONÍFERAS YERBABUENA S.A.S., INVERSIONES OLAYA RINCÓN Y CIA LTDA., FIDELIGNO ARMANDO AVELINO y HERNANDO PINZÓN PRIETO.

Relató que mediante Resolución DPE 14581 de 12 de diciembre de 2019, la enjuiciada estimó que únicamente las certificaciones expedidas por los dos últimos empleadores dan cuenta del desempeño de actividades de alto riesgo según la Circular 2015, además indicó que la entidad señaló que alcanza 1319 semanas, de las cuales 654 corresponde a cotizaciones por alto riesgo, desconociendo así la información suministrada por los demás empleadores, los cuales corroboraron su desempeño en labores de minería bajo tierra como picador de carbón y reforzador.

De otra parte, adujo que a la expedición del Decreto 1281 de 1994, no existía la obligación de realizar cotizaciones adicionales, siendo el único requisito que la actividad del trabajador sea de alto riesgo, por lo que la demandada niega la prestación pensional sin soporte alguno, pues las certificaciones laborales dan



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuenta de la acreditación de más de 700 semanas conforme lo requiere la normativa para el reconocimiento de la pensión.

Por último, aseveró que solicitó a la encartada la pensión especial de vejez de alto riesgo, la cual le fue negada mediante Resolución SUB 229147 de 23 de agosto de 2019, ante la cual interpuso los recursos procedentes el 6 de septiembre de 2019, los que fueron desatados mediante Resoluciones SUB 297746 de 28 de octubre de 2019 y DPE 14581 de 12 de diciembre de 2019, a través de las cuales se reiteró la negativa al reconocimiento pensional, quedando así agotada la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, precisando que el demandante no logró acreditar los requisitos mínimos de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2090 de 2003; pues cuenta con 59 años y un total de 1319 semanas cotizadas, siendo indispensable contar con 700 semanas de cotización adicionales, de las cuales solo acredita 654 semanas, en consecuencia, no cumple con dicho requisito. Además, precisó que mediante Resolución GNR 47653 del 20 de febrero de 2014, reconoció pensión especial de vejez por hijo inválido al demandante, la cual fue suspendida a partir del mes de abril de 2019, ante el fallecimiento del hijo.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado - pensión de alto riesgo, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021, condenó a la demandada COLPENSIONES a reconocer al demandante el derecho a la pensión especial de vejez de alto riesgo en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2090 de 2003 en concordancia con la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 2019 y en cuantía inicial de \$1.055.055 junto con los incrementos y la mesada adicional, debidamente indexadas mes por mes hasta el momento del pago conforme al I.P.C. certificado por el DANE, y además condenó en costas a la pasiva.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que el Decreto 2090 del 2003, es aplicable a todos los trabajadores que laboren en actividades consideradas como de alto riesgo para la salud, la cual consiste en una prestación definida que tiene por objeto acceder al beneficio pensional a edades inferiores a las establecidas para la generalidad de trabajadores en atención a la reducción de vida saludable a la que se ven expuestos y a la mayor cotización que efectúan sus empleadores.

En ese sentido, la norma en comento definió taxativamente cuales actividades son clasificadas como de alto riesgo para la salud del trabajador, entre ellas, el artículo 2º de la norma en cita, establece en su numeral 1º los trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. De otra parte, refirió que el artículo 4º del Decreto 2090 de 2003 señaló que para ser beneficiario de dicha prestación pensional es necesario acreditar 55 años de edad y haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Además, la norma establece que la edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años. En ese orden de ideas el afiliado debe haber cotizado 1300 semanas, de las cuales 700 debieron ser cotizadas en el ejercicio de actividades de alto riesgo ya sea de manera continua o discontinúa. Expuso que, si bien la comprobación de la actividad de alto riesgo no es una exigencia de la norma, la labor debe demostrarse dentro de las actividades consagradas como de alto riesgo, en consonancia, con lo normado en el artículo 4º en cita, lo que en el caso de autos fue corroborado con las certificaciones expedidas por los empleadores, los que se ratifica con el expediente administrativo del demandante y las Resoluciones emitidas por la demanda.

Señaló que con las certificaciones emitidas por los empleadores EXPLOTACIONES CARBONÍFERAS YERBABUENA S.A.S., INVERSIONES OLAYA RINCÓN Y CIA LTDA., PROMESCO ahora PRODECO S.A.S., FIDELIGNO ARMANDO AVELINO FLECHAS y HERNANDO PINZÓN PRIETO, acredita 1051,83 semanas cotizadas en actividades de alto riesgo, del total de 1319,57 cotizadas en toda su vida laboral, lo que igualmente se corrobora de la Historia Laboral obrante a folio 26 del expediente, lo que conlleva a reconocer la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo al demandante.

Igualmente, indicó que el actor cumplió la edad de 55 años el 3 de septiembre de 2016, y que con las semanas cotizadas adicionalmente a las primeras 700 como de alto riesgo, tendría una reducción de 5 años, por lo que sería acreedor a la pensión desde que cumplió la edad de 50 años; sin embargo, siguió efectuando cotizaciones hasta el mes de marzo de 2015.

No obstante, al estudiar la excepción de prescripción, adujo que no existe en el proceso la reclamación de la prestación pensional aquí debatida; no obstante, en la Resolución SUB 9147 del 23 de agosto de 2019 se le negó la pensión de vejez por alto riesgo, fecha que se tendría como reclamación, lo que conllevaría a tener como prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 23 de agosto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 2016, pero al evidenciar que al actor se le reconoció la pensión especial de vejez por hijo invalido mediante Resolución GNR 47653 de 2014, a partir de dicho y hasta marzo de 2019, como quiera que fue suspendida a partir de abril de ese año por el fallecimiento de su hijo inválido, por lo que determinó como fecha del reconocimiento el 1º de abril de 2019, precisando que solo se tiene derecho a una pensión de vejez, sin que se puedan disfrutar las dos de manera simultánea, determinando como valor de la primera mesada la suma de \$1.055.055, a la que aplicó una tasa de reemplazo del 65.53%, sustituyendo así la pensión especial de vejez por hijo inválido por la especial de vejez por actividades de alto riesgo.

En cuanto a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no accedió a su reconocimiento, por cuanto fue hasta el presente juicio que se comprobó con las certificadas allegadas el proceso, la totalidad de los periodos desempeñados por el actor en actividades de alto riesgo. Ordenando en su lugar, la indexación de las mesadas causadas mes por mes hasta su reconocimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de primera instancia la parte actora la apeló, solicitando se modifique el fallo y se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto desde el inicio de la reclamación administrativa el demandante allegó certificaciones acreditando su desempeño en actividades de alto riesgo, ante las cuales COLPENSIONES tenía el deber de verificar e investigar lo que se certificó, ello en aras de evitar un proceso judicial, por tanto, conforme lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, los intereses proceden frente al pago total o parcial de las mesadas causadas.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada expuso que el actor no cuenta con el número necesario de semanas cotizadas en actividades de alto riesgo, pues



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

solo cuenta con 654 semanas, además la entidad no pudo reconocer la pensión aquí deprecada, por cuanto se encontraba suspendido en nómina, en atención a la pensión especial de vejez por hijo inválido que le había sido reconocida, por tanto, no es posible acceder al reconocimiento de la pensión especial por actividades de alto riesgo, en tanto los dineros para garantizar la pensión provienen del mismo fondo. En cuanto a las costas solicitó se revoque la condena ya que se incurriría en un detrimento patrimonial de la entidad, concluyendo así, que la entidad estaba impedida legalmente para acceder al reconocimiento de la pensión solicitada por el actor.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

No existiendo nulidad que invalide lo actuado y reunidos los presupuestos procesales para resolver de fondo, la Sala determinará si el señor JOSÉ REINALDO PÉREZ ALFONSO desarrolló funciones en actividades catalogadas como de alto riesgo y de ser así, se verificará si cumplió los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión especial de vejez pretendida.

4.3 De la Pensión Especial de Vejez por Actividades de Alto Riesgo:

Para desatar la controversia planteada, en primer lugar, debe señalarse que la pensión especial debatida, se concede a aquellos trabajadores que cumplen labores que implican un mayor riesgo, pues se pretende amparar a las personas que, por su actividad, oficio o profesión, se encuentren expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud, pues ello les genera una menor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

expectativa de vida o se encuentran, en todo caso, en un mayor nivel de siniestralidad.

En punto de ello, los requisitos para obtener una pensión especial de vejez son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos a riesgos de carácter laboral y, en consecuencia, se prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional.

En esa medida, el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2090 del 2003, señala entre algunas de las actividades consideradas como de alto riesgo para la salud de los trabajadores:

“1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.

A su vez, el artículo 3º *ejusdem*, estipula que los afiliados que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades de alto riesgo y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo 4º de la misma obra, la cual los determina en *“Haber cumplido 55 años de edad”* y *“Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003”*.

No debe soslayarse que el artículo 8º *ejusdem* establece que la pensión pretendida solo cubrirá a los trabajadores vinculados a las actividades de alto riesgo hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2024 por el artículo 1º del Decreto 2655 de 2014.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, el artículo 5º del Decreto 1281 de 1994, estableció que el monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo era el previsto en la Ley 100 de 1993, más 6 puntos adicionales a cargo del empleador, dicho monto fue incrementado en el Decreto 2090 de 2003, ya que en su artículo 5º estipuló que serían diez 10 puntos adicionales, dejándolo igualmente a cargo del empleador.

Acorde con lo anterior, no basta con acreditar que la empresa clasifique como de alto riesgo las funciones, o afirmar que se estaba expuesto a actividades laborales que impliquen lo antes explicado, sino que ello debe probarse por la parte interesada, conforme se establece en el artículo 167 del CGP, es decir, el actor debió haber probado el cumplimiento de dicho requisito.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido que se debe acreditar que en efecto se haya prestado el servicio en dichas actividades para ser beneficiario de la pensión especial de vejez, para lo cual, como se sostuvo en sentencia SL3476-2016, Radicación No. 50841 de 16 de marzo de 2016:

“[...] Las disposiciones legales que consagran pensiones especiales para los trabajadores en consideración al particular oficio que realizan, exigen que se cumpla exactamente el tiempo de servicios en la actividad correspondiente”, pues, “Lo que explica el tratamiento preferencial de esta categoría de trabajadores no es sólo el que realicen dichas actividades, sino los graves riesgos que para la salud de ellos implica la prestación de servicios en esas peculiares labores durante tan largo tiempo, lo que hace conveniente su retiro del servicio activo y la concesión de la pensión de jubilación sin consideración a su edad [...]”.

En consonancia con lo anterior, el Alto Tribunal en sentencia SL4616-2016, Radicación No. 47244 del 13 de abril de 2016 indicó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] para probar la exposición a factores de riesgo en el trabajo, la jurisprudencia ha admitido que existe libertad probatoria (CSJ SL, 20 nov. 2007, rad. 31745).”

De otra parte, nuestro máximo órgano de cierre explicó, entre otras, en sentencia SL-925 de 2018, Radicación No. 47389 de 7 de marzo de 2018, que no todos los trabajadores de empresas clasificadas como de alto o máximo riesgo, se pueden predicar como tal, así:

“[...] resulta evidente, que el promotor confunde inapropiadamente las reglas aplicables a la clasificación de una determinada empresa dentro de las clases de riesgo identificadas por el Sistema General de Riesgos Profesionales hoy Laborales, con el hecho de que un trabajador desarrolle efectivamente alguna de las labores que la ley califica como de alto riesgo, y que es el fundamento para acceder a la pensión especial de que tratan las disposiciones legales antes citadas.

“[...] ya esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la sentencia CSJ SL14027-2016, rad. 43714, en donde se rememoraron las CSJ SL 10031-2014, 30 jul. 2014, rad. 43436, reiterada en la SL17123-2014, proferidas en procesos adelantados contra las aquí llamadas a juicio, puntualizándose:

“No por el hecho de que una empresa como la demandada sea clasificada como de alto o máximo riesgo, se puede predicar que todos sus trabajadores despliegan actividades de alto riesgo, pues se trata de dos conceptos con tratamientos y consecuencias diferentes. En ese sentido, nada impide que una empresa sea catalogada como de alto riesgo y que, al mismo tiempo, mantenga trabajadores que despliegan labores alejadas del alto riesgo para la salud, como puede ser el caso de quienes desempeñan cargos administrativos u oficios que no tengan verdaderamente exposición a sustancias para el caso cancerígenas”.

Es menester acotar que, aunque no todos los periodos hayan sido cotizados por las sociedades empleadoras en el porcentaje establecido, la SL CSJ, en sentencia SL4616-2016, Radicación No. 47244 del 13 de abril de 2016, se señaló:

“Pero de todas maneras, así se dejaran de lado las impropiedades técnicas, no le asiste razón al recurrente porque la jurisprudencia de la Corte ha acogido el criterio orientado a habilitar los aportes en el caso de



actividades de alto riesgo así no se haya cotizado el porcentaje adicional previsto en los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003 que derogó el anterior, porque no es el trabajador quien deba correr con las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador, si se ha demostrado que efectivamente desempeñó esa clase de labores especiales, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan a aquel frente a la seguridad social por la inobservancia de sus obligaciones. En sentencia CSJ SL398-2013, precisó la Corporación:

“Es cierto como lo afirma el casacionista, que los artículos 4° y 5° del Decreto 1281 de 1994 -que si bien fue derogado por el Decreto 2090 de 2003 era el aplicable a esta controversia-, prescriben que para acceder a la pensión especial de vejez por actividades que impliquen alto riesgo para la salud del trabajador, resulta menester cotizar en forma especial, es decir, con un porcentaje adicional de 6 puntos, que están a cargo del empleador.

“Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado el alcance de estos preceptos, en el sentido de que si está demostrado en el proceso que la actividad cumplida por el trabajador corresponde a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez.

“Lo anterior, sin perjuicio de que la administradora pueda reclamarle al empleador que no satisfizo la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley, o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal. Pero esto será un asunto distinto, que no puede perjudicar el derecho irrenunciable que tiene el trabajador a la cobertura de la seguridad social, máxime que por la clase de labor ejercida implicó para él un sacrificio adicional en desgaste físico y mengua de su salud.

“Esta obligación de la administradora de pensiones de cubrir la pensión especial de vejez cuando no se ha verificado el porcentaje de cotización adicional, no se deriva en estricto rigor del incumplimiento del deber de cobro de las cotizaciones en mora, que como está suficientemente decantado le asiste por mandato legal, sino de la circunstancia de que por ser el riesgo de vejez único y por la unidad también de la prestación, al haberse realizado la afiliación y pagado las cotizaciones ordinarias, el empleador estaba subrogado en el riesgo de vejez, independientemente de la modalidad que éste adopte”. (Negrilla fuera del texto original).



4.4 Del Caso en Concreto:

Descendiendo al *sub-examine*, y al adentrándonos al estudio de los requisitos pensionales, se tiene que la fecha de nacimiento del actor fue el 3 de septiembre de 1961, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2013, conforme la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 21 – archivo 01).

Por otro lado, la activa señala que laboró para diferentes empleadores desde el 22 de noviembre de 1983 hasta el 28 de febrero de 2015, alcanzando un total de 9416 días cotizados, es decir, 1345 semanas desempeñándose como picador de carbón y reforzador, actividades que siempre desarrolló bajo tierra en socavones o en áreas subterráneas, las cuales son calificadas como de alto riesgo.

Entre tanto, la entidad convocada a juicio al contestar la demanda adujo que el demandante no acreditó los requisitos mínimos exigidos en el Decreto 2090 de 2003; pues si bien cuenta con 59 años y un total de 1319 semanas cotizadas, solo acredita 654 semanas de cotización adicional de las 700 exigidas, por ende, no cumple con las semanas de cotización especial, lo que reiteró en la Resolución DPE 14581 de 12 de diciembre de 2019 (Fls. 50 a 62), que desató el recurso de apelación impetrado por el actor en contra de la Resolución SUB 297746 de 28 de octubre de 2019 que negó inicialmente la prestación pensional deprecada (Fls. 36 a 48).

Bajo ese escenario, y a efectos de verificar el dicho de las partes, obra en el plenario el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES y la comunicación emitida por PROMEXCO hoy PRODECO S.A. (archivo 14), documentos que no fueron tachados, ni desconocidos por las partes, así:

El Representante Legal de EXPLOTACIONES CARBONÍFERAS YERBABUENA S.A.S., el 2 de mayo de 2019 certificó que el demandante laboró como minero bajo tierra como picador de carbón del 22 de noviembre de 1983 hasta el 10



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de noviembre de 1987, es decir, 1429 días que corresponden a 204,14 semanas (Expediente administrativo).

A su turno, la Jefe de Recursos Humanos de INVERSIONES OLAYA RINCÓN Y CIA LTDA., certificó el 5 de septiembre de 2019 que el promotor laboró con un contrato a término indefinido desde el 26 de marzo de 1998 hasta el 1 de julio de 1998, en el cargo de reforzador, realizando actividades de alto riesgo de acuerdo a la descripción del Decreto 758 de 1990, periodo del cual se pueden contabilizar 96 días que equivalen a 13,71 semanas (Expediente administrativo).

Entre tanto, FIDELIGNO ARMANDO AVELINO FLECHAS, en certificación adiada el 5 de septiembre de 2019, refirió que el accionante se desempeñó en labores de explotación minera bajo tierra en el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2001 hasta el 30 de septiembre de 30 de septiembre de 2002, ejecutando labores en área de producción subterránea mina Granadillo ubicada en la Vereda Pajarito - Tausa. Asimismo, expuso que realizó los aportes de pensiones con el porcentaje adicional por actividades en labores mineras subterráneas de acuerdo con la descripción de oficios de alto riesgo, señalado en el Decreto 758 de 1990, lapso que equivale a 390 días, es decir, 55.71 semanas (Expediente administrativo).

Por otro lado, el apoderado general de HERNANDO PINZÓN PRIETO identificado con C.C. No. 465.899-1, señor CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ, emitió certificación el 26 de abril de 2019, en la que manifestó que el señor JOSE REINALDO PÉREZ ALFONSO laboró con el establecimiento de comercio Minas La Cumbre en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2002 al 4 de abril de 2014, en el cargo de Reforzador y/o actividades mineras, en labores de explotación minera. Igualmente, mencionó que efectuó aportes de pensiones con el porcentaje adicional por actividades mineras subterráneas de acuerdo con la descripción de oficios de alto riesgo, señalados en el Decreto 758 de 1990, información obtenida de la hoja de vida y la descripción de oficios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con los que cuenta el establecimiento de comercio; lapso de tiempo que equivale a 4.144 días, esto es, 592 semanas (Expediente administrativo).

Ahora, de acuerdo con el requerimiento que efectuara el Juzgado de origen, la sociedad PROMEXCO hoy PRODECO S.A. (archivo 14), allegó comunicación fechada el 4 de agosto de 2021 en la señaló:

“En atención a la solicitud enviada por su despacho de fecha 14 de julio del 2021 y recibida en nuestras instalaciones la vía correo electrónico el día 2 de agosto del 2021, nos permitimos informar al despacho que al realizar la validación en la empresa solo se logró ubicar la siguiente información respecto del señor José Reinaldo Pérez Alfonso:

“Se evidencia contrato laboral con la empresa Promexco con una vinculación de contrato a un año desde el 25 de abril de 1994, desempeñando como último cargo el de Minero Oficios Varios.

“El 12 de diciembre de 1994 operó una sustitución patronal entre Promexco y Prodeco S.A., asumiendo esta última a partir de esa fecha como empleador para todos los efectos legales.

“Por lo antiguo de los documentos no contamos con la relación de los pagos de la seguridad social de periodos anteriores al año 1996, solamente conservamos la copia de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales a partir del momento de la sustitución patronal y en la misma se puede evidenciar el No. Patronal 01081900075 de C.I. Prodeco S.A.

“De igual manera, se encontró la inscripción realizaba por Promexco al Instituto de Seguros Sociales en el mes de abril del año 1994 bajo el No. Patronal 01081100234.

“Con relación a los aportes adicionales por actividad de alto riesgo, la empresa C.I. Prodeco S.A. cumplió con realizar dicha cotización adicional ante el Instituto de Seguros Sociales, respecto de las personas que en efecto efectuaban actividades en minas socavón. Sin embargo, para el caso que nos ocupa y como ya lo manifestamos no contamos con dichos documentos que nos permitan certificar si en efecto se realizaron cotizaciones adicionales para el caso del señor Pérez Alfonso.

“Por último, es importante mencionar que, con los números patronales y constancia de las afiliaciones, la entidad Colpensiones puede realizar la validación y comprobación de los aportes efectuados y los valores correspondientes”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Anexo a dicha comunicación, esa sociedad aportó contrato individual de trabajo a término fijo a un año, suscrito entre la empresa PROMEXCO S.A. y el actor el 21 de abril de 1994, para desempeñar el cargo de minero oficios varios desde el 25 de abril de 1994; adicionalmente allegó el formulario de solicitud de vinculación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pensiones, salud y riesgos profesionales y la inscripción de trabajadores del actor a la citada entidad por parte del aludido empleador.

De lo anterior, se concluye al verificar el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES, actualizado a 28 de abril de 2021 (expediente administrativo), que si bien obran cotizaciones por el empleador PROMEXCO S.A., en los periodos de noviembre de 1989 a mayo de 1992, julio de 1993 a febrero de 1994; lo cierto es, que para la Sala *a contrario sensu* de lo determinado por el fallador de instancia que tuvo en cuenta todos los periodos cotizados por ese empleador, únicamente es posible tener como periodos efectivamente laborados en actividades de alto riesgo por parte del actor para el empleador PRODECO S.A. hoy PROMEXCO S.A., el comprendido del 25 de abril de 1994 al 9 de marzo de 1995, esto es, desde el inicio del mencionado contrato hasta la fecha reportada como retiro por parte del citado empleador en el Histórico de Semanas antes mencionado, pues de acuerdo con la certificación emitida por esa sociedad, no es factible determinar de manera fehaciente que el demandante haya realizado funciones atinentes a actividades de alto riesgo en los demás periodos; por ende, el lapso a tener en cuenta corresponde 315 días, es decir, 45 semanas.

En este punto, cabe mencionar que ni en el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES, actualizado a 28 de abril de 2021 (expediente administrativo), ni del que acompaña la demanda (archivo 01), se encuentran cotizaciones por el empleador PROMEXCO S.A. hoy PRODECO S.A., del 25 de abril de 1994 al 31 de diciembre de 1994, lo que equivale a 35.14 semanas, las que según la información y los soportes suministrados por ese



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleador, contentivos del contrato de trabajo, el formulario de Solicitud de Vinculación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a Pensiones, Salud y Riesgos Profesionales y la Inscripción de Trabajadores del actor al referido ISS, efectuados por parte del aludido empleador, dan cuenta de la existencia de un vínculo de carácter laboral entre el demandante y la pluricitada sociedad en dicho periodo, por lo que el mencionado número semanas deberá ser adicionado al total de semanas cotizadas, teniéndose para ese periodo como salario mensual la suma de \$180.000, monto descrito por tal concepto en la Inscripción de Trabajadores al ISS efectuada por PROMEXCO a nombre el actor, la cual fue radicada el 22 de abril de 1994.

En ese orden de ideas, con las certificaciones que obran en el expediente administrativo y la comunicación que allegó el empleador PROMEXCO S.A. hoy PRODECO S.A., se acreditó que el demandante laboró 910,57 semanas en actividades consideradas de alto riesgo para su salud, como son las descritas en el numeral 1º del artículo 2º del decreto 2090 de 2003; esto es, en trabajos en minería que implicaban prestar el servicio en socavones o en subterráneos, lo que se colige con las referidas certificaciones, las que en su mayoría como ya se expuso, obran en el expediente administrativo que la demandada aportó, de lo que se corrobora que, en efecto la entidad convocada a juicio tenía conocimiento de dichas actividades, máxime cuando en las Resoluciones SUB 297746 del 28 de octubre de 2019 y DPE 14581 de 12 de Diciembre de 2019 (archivo 01 y expediente administrativo), hizo alusión a las mismas y requirió al promotor para que aportara pruebas para desatar la solicitud pensional, concluyendo finalmente sin más explicación que el demandante únicamente contaba con 654 semanas de cotizaciones adicionales.

Aspectos todos, que de modo alguno son óbice para denegar el derecho pensional, máxime cuando como vino de verse, las resoluciones que desataron la solicitud del demandante y las citadas certificaciones, reseñan el desempeño en actividades de alto riesgo, incluso antes de la entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994 cuando surgió la obligación en cabeza de los empleadores de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportar puntos adicionales en la cotización por pensión por actividades de alto riesgo, a partir del 22 de junio de esa anualidad, por lo que tampoco la falta de cotizaciones adicionales puede ser excusa para negar la prestación pensional especial, tal como se ha expuesto de forma reiterada, entre otras en sentencia SL1196-2020, Radicación No. 76191 de 25 de marzo de 2020.

Ahora, debe memorar este Juez Colegiado que las pensiones especiales se encuentra reguladas de manera integral en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, ello como consecuencia de las facultades conferidas al legislador en la Constitución Nacional, lo que en últimas busca ampliar de manera progresiva la cobertura a la seguridad social de la población, por tanto, es posible que en el marco del sistema general de pensiones existan requisitos diferentes a los ordinarios para el reconocimiento de la pensión de vejez, como en el caso de actividades de alto riesgo, sin que ello genere un desequilibrio financiero en el sistema general de pensiones, así lo expuso el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL3692-2021, Radicación No. 83204 de 28 de julio de 2021, en la que dijo:

“el régimen especial de pensiones por actividades de alto riesgo, prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional, a lo que se agrega que la reducción de la edad solo es posible cuando se ha superado la base mínima de cotizaciones exigida en el sistema general de pensiones.

“[...]

“[...] cabe observar que el Sistema General de Pensiones contempla una serie de prestaciones de vejez con requisitos especiales que atienden la situación de salud del afiliado o sus familiares o las actividades laborales que se desarrollan. Entre este grupo se encuentran comprendidas las pensiones especiales de vejez para discapacitados físicos, psíquicos o sensoriales; las pensiones especiales para madres o padres con hijos inválidos; las pensiones especiales de vejez por actividades de alto riesgo y las pensiones especiales para periodistas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Como se ha mencionado, todas ellas se deben a consideraciones particulares, razón por la cual los requisitos que se establecen son más flexibles que aquellos fijados para la pensión común de vejez.

[...]

“En efecto, el parágrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 consagró dos pensiones que contienen requisitos diferentes a los exigidos generalmente para el reconocimiento de la prestación ordinaria o común. Y, por ello, son consideradas especiales, pues se otorgan de manera anticipada por una razón protectora que valida el tratamiento desigual respecto a los demás afiliados del sistema (CSJ SL4108-2020).

[...]

“Por otra parte, el inciso 2.º ibidem reguló la pensión especial de vejez que favorece al padre o madre de una persona en situación de invalidez y que intenta contribuir con su rehabilitación, puesto que una vez el padre o la madre de familia logre tal prestación, puede dedicarse plenamente al cuidado de su hijo en esta situación sin la preocupación de obtener un ingreso económico suficiente para su sustento y el de su hijo.

“Por tanto, la Corte ha destacado que esta norma no incluye «beneficios», sino que da cuenta de una protección de la persona que depende económicamente de este y sufre de una invalidez, razón por la que requiere «de atención para lograr la rehabilitación o suplir las insuficiencias» (CSJ SL2585-2020).

[...]

“En este punto es pertinente aclarar la diferencia entre régimen especial y pensión especial. El primero se refiere a grupos poblacionales definidos, como miembros de la fuerza pública, docentes, miembros del INPEC, de la rama judicial, etc.; mientras que la segunda implica o modifica una condición de acceso a la pensión de vejez.”

Acorde con lo anterior, no es de recibo el argumento que expone la accionada en su alzada, referente a que no es procedente el reconocimiento de la pensión especial por actividades de alto riesgo, en atención a que al demandante con anterioridad ya se le había reconocido una pensión especial de vejez por hijo inválido, pues así se lee del texto de la Resolución GNR 47653 de 20 de febrero de 2014, en la que se indica que el promotor era padre de dos hijos menores de edad en condiciones de invalidez, prestación que fue reconocida a partir del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1º de marzo de 2014, la cual le fue suspendida ante el deceso a partir de abril de 2019, según comunicación dirigida por la encartada al accionante el 15 de abril de 2019 (expediente administrativo), aspectos que fueron corroboradas por el demandante en la declaración que rindió ante el *a-quo*, por ende, no considera la Sala destinada la decisión del juez de instancia de reconocer la pensión por actividades de alto riesgo que reclama el actor.

Y es que si bien es cierto, no es posible recibir doble asignación proveniente del tesoro público, de acuerdo con lo consignado en el artículo 128 de la Constitución Política, también lo es, que en el presente caso de manera alguna se incurre en dicha prohibición, en el escenario en que se reconozca la pensión que en esta ocasión solicita el actor, si se concede en periodo que no sea simultáneo al cual disfrutó de la pensión especial de vejez por hijo inválido, pues mal haría el juez laboral en coartar dicho derecho cuando en un afiliado concurre más de una situación que da cabida al reconocimiento de diferentes pensiones especiales, cuando una de ellas desaparece del peculio del pensionado.

Más aún, cuando el actor no solo se desempeñó en un trabajo que conllevaba graves riesgos para su salud durante un periodo tan prologado como se expuso en precedencia, sino que además de eso, tenía a su cargo dos hijos en estado de invalidez por los cuales debía velar, lo que como ya lo indicó el Alto Tribunal, de manera alguna puede entenderse como un beneficio sino a una protección a quien depende económicamente del trabajador y sufre de dicha condición, o ha estado expuesto a condiciones de trabajo como las ya reseñadas, las que por demás imponen un mayor contribución a efecto de no generar un desequilibrio financiero en el sistema de pensiones; de ahí que para esta Corporación sea viable reconocer la pensión especial por actividades de alto riesgo, desde cuando se dejó de percibir la pensión especial de vejez por hijo inválido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Acorde con lo anterior, se tiene que el demandante cuenta un total de 1355,14 semanas, que corresponden a 1320,14 semanas cotizadas a marzo de 2015, que aparecen en el reporte expedido por COLPENSIONES actualizado a 28 de abril de 2021 (expediente administrativo), y 35,14 que se adicionan por el empleador PROMEXCO S.A. hoy PRODECO S.A., por el periodo del 25 de abril de 1994 al 31 de diciembre de 1994, conforme se indicó precedentemente; cúmulo de cotizaciones de las cuales 910,57 corresponde al desarrollo de actividades de alto riesgo, acreditando así el cumplimiento del mínimo de semanas requerido por el Decreto Ley 2090 de 2003.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia, en lo referente al reconocimiento de la pensión pretendida, pues además, el actor cumple el requisito mínimo de semanas cotizadas consagradas en la Ley 100 de 1993, al tener más de 1300 semanas; y la edad de 55 años la cumplió el 3 de septiembre de 2016, motivo por el cual le asistió razón al fallador de instancia al disponer el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo.

Ahora, el juzgador primigenio dispuso que el disfrute pensional fuera a partir del 1° de abril de 2019, por cuanto al demandante le fue suspendida la pensión especial de vejez por hijo invalido a partir de ese mes y año, la cual procedió en cuantía inicial de \$1.055.055.

Al respecto, huelga recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto de forma reiterada al analizar lo atinente a la causación y disfrute de la prestación pensional, entre otras, en sentencia SL414-2022 con Radicación No. 79806 de 26 de enero de 2022, que *“si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia”*. Luego, se puede hablar de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

causación cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a la prestación pensional, en tanto, el disfrute alude a que una vez reunidos los requisitos de ley, se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, debiéndose como regla general la desafiliación previa del régimen conforme a lo preceptuado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En el presente asunto, si bien como vino de verse el actor para el 3 de septiembre de 2016 ya contaba con los requisitos de edad y semanas exigidos por las normas que regulan la pensión especial de vejez por actividades de alto, acreditando 210 adicionales a las 700 necesarias para el reconocimiento de la pensión especial que reclama, lo que conforme a lo estipulado en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2090 de 2003 conllevaría a la reducción de 1 año por cada 60 semanas adicionales a las mínimas exigidas, lo que ameritaría una reducción de tres (3) años en la edad para el reconocimiento de la pensión, es decir, que procedería a partir de los 52 años; también lo es, que la referida prestación la solicitó hasta el 5 de mayo de 2019, según se evidencia del Formato de Solicitud de Prestaciones Económicas radicado en dicha calenda ante COLPENSIONES (Expediente administrativo). A lo que se suma que la pensión especial de vejez por hijo inválido le fue suspendida a partir de abril de 2019, como se expuso anteriormente; por lo que para la Sala de acuerdo con los argumentos antes expuestos, luce acertada la decisión del *a quo* de reconocer la pensión de alto riesgo a partir del 1º de abril de 2019.

Sobre el monto de la mesada pensional que determinó el juzgador de primer grado, es decir, la suma de \$1.055.055, se encuentra ajustada a derecho conforme los ingresos base de cotización del promotor, siendo posible determinar como primera mesada pensional para el 1º de abril de 2019 dicho monto, por lo que igualmente habrá de confirmarse la sentencia sobre ese puntualísimo aspecto, sin embargo, se adicionará en el sentido de autorizar a la demandada que efectúe los respectivos descuentos en salud.

4.5 Del Pago de Intereses Moratorios:

En otro giro, frente a la inconformidad de la parte actora en su alzada, en la que solicita se modifique el fallo de primera instancia y en su lugar se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto desde el inicio de la reclamación administrativa el demandante allegó certificaciones acreditando su desempeño en actividades de alto riesgo, ante las cuales la enjuiciada tenía el deber de verificar e investigar lo que se certificó, a fin de evitar un proceso judicial.

Por su parte el fallador de instancia para absolver de tal pedimento señaló que, fue hasta el presente juicio que se comprobó con las certificadas allegadas al proceso la totalidad de los periodos desempeñados por el actor en actividades de alto riesgo, por lo que dispuso en su lugar la indexación de las mesadas causadas mes por mes hasta su reconocimiento.

Sobre el particular considera esta Corporación pertinente traer a colación lo reseñado en la sentencia SL1225-2021, Radicación No. 87046 de 10 de marzo de 2021, en la que se estudió el tema de los intereses moratorios en un caso de similares contornos al nos ocupa en esta ocasión, en la que máximo Tribunal expuso:

“En punto a los intereses moratorios, cumple recordar que estos no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, pues proceden a fin de aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la tardanza del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, con independencia de las razones que se aduzcan en sede administrativa.

“Sin embargo, esta no es una regla absoluta, en tanto la Corte ha reconocido supuestos en los cuales no cabe una condena por tal concepto, porque la negativa se encuentra plenamente justificada -CSJ SL704-2013. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la administradora estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (CSJ SL787-2013)."

En este orden, se tiene que en el *sub-lite* la entidad demandada denegó la pensión aduciendo que únicamente las certificaciones de los empleadores HERNANDO PINZÓN PRIETO y FIDELIGNO ARMANDO AVELINO FLECHAS acreditaban labores en actividades de alto riesgo, sin detallar la razón por la cual no le dio valor a las demás certificaciones con las que ya contaba, como se expuso ampliamente, según dieron cuenta las Resoluciones SUB 297746 de 28 de octubre de 2019 y DPE 14581 de 12 de diciembre de 2019. De ahí, que si bien, era necesario acreditar la realización de actividades de alto riesgo, también lo es que los motivos que adujo la pasiva para denegar la prestación no resultan congruentes con la realidad procesal, por tanto, no hay lugar a excluir los efectos de la mora, los cuales se generan por la ausencia de pago de la prestación, conforme se dijo en sentencia CSJ SL400-2013.

En esa medida se impartirá condena por los intereses moratorios reclamados, los cuales proceden 4 meses después de la solicitud pensional, según lo normado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por tanto, en el presente asunto la pensión se reclamó el 5 de mayo de 2019 (expediente administrativo), por consiguiente, la entidad convocada a juicio debe intereses moratorios al actor por la tardanza en su otorgamiento desde el 5 de septiembre de 2019, y hasta que se realice el pago de la prestación pensional reconocida; en consecuencia se revocará la condena por indexación de las mesadas pensionales.

4.6 De la Excepción de Prescripción:

Respecto a la excepción de prescripción habrá de señalarse que la misma no operó en atención a que la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo se reconoció a partir del 1º de abril de 2019, de acuerdo a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consideraciones antes referidas y la reclamación ante la entidad demandada se surtió el 5 de mayo de 2019 (expediente administrativo) y la demanda fue radicada el 14 de agosto de 2020 (Fl. 64 archivo 01), razón por la cual no transcurrió el término trienal descrito en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del CPT y de la SS., tal como lo expuso el juez de primer grado.

4.7 De la Condena en Costas Procesales en Primera Instancia:

Se aqueja la parte demandada de la condena impuesta en su contra por las costas procesales en tanto, se incurriría en un detrimento patrimonial de la entidad, máxime cuando la entidad estaba impedida legalmente para acceder al reconocimiento de la pensión solicitada por el actor.

Al respecto, se tiene que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura cuando la parte resulta vencida en juicio, por lo que resulta palmario que al haberse decidido de una parte, que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión especial aquí debatida, junto con las demás condenas a su cargo, claro es para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia a su cargo, pues resulta evidente que las encartadas fueron vencidas en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Como corolario de lo anterior se adicionará y revocará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió del pago de intereses moratorios y condenó al pago de la indexación de las mesadas pensionales; para en su lugar **CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 5 de septiembre de 2019, y hasta que se realice el pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo que fuera reconocida.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** a la demandada del pago indexado impuesto en primera instancia.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que realice los respectivos descuentos en salud sobre las mesadas que reconozca, conforme lo preceptuado en la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primer grado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 24 2017 00707 01
Demandante: GLORIA NANCY UTIMA GUTIÉRREZ
Demandado: COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
 PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GLORIA NANCY UTIMA GUTIÉRREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo sin solución de continuidad por el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2002 y el 15 de junio de 2016, siéndole aplicable la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y el Sindicato SINTRAVALORES, así como que el vínculo que la ató con la encartada era a término indefinido y, en consecuencia, se declare ineficaz la cláusula contractual que estipulaba el término del contrato a término fijo para ser reemplazada por una duración a término indefinido.



Por consiguiente, se condene a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. al pago de las primas semestrales de los meses de junio y diciembre de que trata el artículo 26 de la C.C.T. correspondientes a 49 y 50 días de salario respectivamente por cada uno de los periodos transcurridos en la relación laboral, primas de vacaciones de que trata el artículo 27 convencional durante toda la relación laboral, prima de antigüedad según el artículo 28 convencional, reliquidación de cesantías teniendo en cuenta los emolumentos salariales establecidos en la C.C.T. que no le fueron pagados y que constituyen factor salarial y prestacional, sanción por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., indemnización extralegal contenida en el artículo 7º convencional a razón del despido sin justa causa, indemnización moratoria ante el no pago cumplido de salarios y prestaciones sociales según el artículo 65 del C.S.T., costas procesales y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que prestó sus servicios como trabajadora de la sociedad THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A., la cual modificó su razón social a PROSEGUR S.A., y posteriormente a COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

Que fue contratada para prestar sus servicios a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. mediante tercerización laboral con la sociedad EMPOSER LTDA., dejando de presente que las dos empresas ya mencionadas son de un mismo grupo empresarial llamado THOMAS GREG & SONS, y entre ellas se ha suscrito un contrato para el suministro de personal por parte de EMPOSER LTDA. a la aquí demandada.

Precisó igualmente que EMPOSER LTDA. es una Empresa de Servicios Temporales de propiedad del grupo empresarial THOMAS GREG & SONS, el que la envió en misión a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. desde el 16 de junio de 2002 hasta el 15 de junio de 2016, así como que las dos compañías comparten plena similitud en el



objeto social, al dedicarse al servicio de vigilancia fija y móvil, escolta de valores, asesoría y consultoría en el área de seguridad, además de compartir analogía en los propietarios, insistiendo que siempre desempeñó sus labores al servicio de la demandada en el cargo de Operadora de Control, hasta que EMPOSER LTDA. actuando como supuesto patrono finalizó el contrato de trabajo; refiere que fue dotada con las insignias de la demandada, le suministró carné que la identificaba como su trabajadora, y siempre prestó sus servicios en sus instalaciones

También expresó que la demandada fue quien la capacitó, supervisó, le impartió horarios de trabajo y le suministró órdenes, siendo despedida sin justa causa el 15 de junio de 2016. Asimismo, expuso que EMPOSER LTDA. no es una entidad autorizada para el suministro de personal en misión para otras compañías, destacando que entre la demandada y el Sindicato SINTRAVALORES se encuentra vigente una Convención Colectiva de Trabajo que aplica sin distinción a todos los trabajadores de la compañía tal como lo disponen las cláusulas 3ª y 5ª.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Refirió que nunca celebró relación laboral alguna con la demandada ya que esta jamás le prestó servicios, de ahí que no se configuraron los elementos esenciales para la configuración de un verdadero contrato de trabajo.

Manifestó no ser cierto que EMPOSER LTDA. sea una empresa del mismo grupo empresarial llamado THOMAS GREG & SONS, pues como se advierte de la documental obrante en el expediente no se constituye tal supuesto, máxime si no comparten el mismo grupo social y EMPOSER LTDA. no era un simple intermediario, en la medida en que ejerció su poder subordinante, entregando las dotaciones, imponiendo las órdenes, sanciones y llamados disciplinarios a la demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al unísono, explicó que la sustitución acaecida entre EMPOSER LTDA. respecto del contrato de trabajo de la demandante no recayó sobre el suministro de personal que se alude, sino de los servicios especializado de vigilancia fija y móvil. Igualmente, relató que al no existir contrato de trabajo con la actora tampoco son aplicables prerrogativas de carácter convencional.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, compensación y buena fe.

Luego que el Juzgado en proveído adiado el 1º de abril de 2019 integrara como litisconsorte necesario a EMPOSER LTDA., en virtud de la solicitud elevada por el extremo accionado (Fl. 291), la misma contestó demanda manifestando que suscribió contrato de trabajo con la demandante por el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2002 y el 15 de junio de 2016, finalizando por la expiración del plazo fijo pactado, sin que jamás haya actuado como intermediaria de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., ni mucho menos que sean empresas de un mismo grupo empresarial denominado THOMAS GREG & SONS, según dan cuenta las pruebas que reposan en el plenario, máxime si los objetos sociales de ambas empresas son diferentes.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, falta de título y causa, compensación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante señora GLORIA NANCY UTIMA GUTIÉRREZ y la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. por el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2002 y el 15 de junio de 2016, en virtud del cual la actora desempeñó el cargo de Operadora de Control, devengando como último salario básico la suma de \$1.183.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, condenó a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. a reconocer y pagar a favor de la demandante la suma de \$7.360.300 por concepto de primas extralegales de junio y diciembre y, \$689.300 por prima de vacaciones convencional, absolviéndola del restante de pretensiones, al igual que absolvió a EMPOSER LTDA. de cualquier súplica.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* manifestó en primer lugar que atendiendo lo establecido en el artículo 23 del C.S.T. y lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la actora logró demostrar la prestación personal del servicio, pues así se auscultó con el testimonio rendido por el señor CARLOS GUILLERMO CELIS ALFONSO, quien por demás expuso las funciones y cargo desempeñado por la demandante al servicio de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., sumado a que, del caudal probatoria allegado también se logra apreciar la prestación personal del servicio como es el hecho de los comprobantes de nómina emitidos por EMPOSER LTDA. que se identifican como centro de costos de PROSEGUR, de lo cual es dable conferir con grado de certeza que en efecto la señora GLORIA NANCY UTIMA GUTIÉRREZ siempre desempeñó sus labores a favor de la encartada en el cargo de Operadora de Control.

Que ante la demostración de la prestación personal del servicio, se activa la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., de ahí que sea carga de la demandada desvirtuar el elemento subordinante, precisando que las convocadas a juicio sustentan su defensa en la condición de contratista independiente de EMPOSER LTDA. respecto de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. para la prestación del servicio de vigilancia fija y móvil con armas de fuego según se desprende del contrato de prestación de servicios suscrito entre estas dos, al punto que era EMPOSER LTDA. quien tenía a su cargo el pago de salarios y demás prestaciones sociales que derivaron de la relación laboral con la demandante, por lo que se enmarca dentro de la denominada tercerización laboral o descentralización por servicios, de ahí que para catalogarse a EMPOSER LTDA. como contratista la misma debió acreditar al menos la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correcta y completa ejecución del contrato suscrito con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., así como la autonomía e independencia técnica, administrativa y financiera propia de esta clase de vínculos para el desarrollo del objeto contractual, lo cual no acontece en el plenario.

Por tal razón, no se probó la figura de la tercerización, siendo la suscripción del contrato de prestación de servicios entre las empresas una simple apariencia en aras de encubrir un irregular suministro de personal de EMPOSER LTDA. junto con la verdadera relación laboral de la demandante para con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

Una vez determinada la relación laboral entre la demandante y la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., procedió con el estudio de las súplicas de carácter convencional, exponiendo que, al verificar la C.C.T. suscrita entre la demandada y el Sindicato SINTRAVALORES para los años 2008 a 2009, en su artículo 3º se dispone su aplicación a todos los trabajadores de la empresa, por lo que resulta aplicable a la actora.

Que a pesar de lo anterior, no les es aplicable lo regulado en el artículo 5º convencional que gira en torno a la declaratoria de su vinculación bajo la égida de un contrato de trabajo a término indefinido, toda vez que para el mes de junio de 2002, fecha de su contratación, la convención no se encontraba vigente ya que esta cobró vigor a partir del año 2008, por lo que, en razón al principio de la autonomía de la voluntad que rigen los contratos de trabajo no varió la modalidad de duración pactada por las partes en el entendido que la misma fue acordada por las partes, adicional a que determinó como retribución salarial mensual de la demandante la suma de \$1.183.000 más el auxilio de transporte.

Luego analizó la excepción de prescripción, manifestando que al haber finalizado la relación laboral el 16 de junio de 2016, determinó que la demandante debía acudir a la jurisdicción a reclamar el pago de sus acreencias



como plazo máximo el 15 de junio de 2019, presentando demanda el 22 de noviembre de 2017, por lo que las acreencias laborales por concepto de primas semestrales convencionales de junio y diciembre, primas de vacaciones convencionales y bonificación de antigüedad con anterioridad al 22 de noviembre de 2014 se vieron afectadas por el fenómeno prescriptivo y, en tal sentido, condenó a estas pretensiones precisamente a partir del 22 de noviembre de 2014 y hasta la finalización del contrato.

En cuanto a la reliquidación de las cesantías expuso que, no se demostró por parte de la accionante las sumas que por concepto de cesantías le fueron reconocidas para así determinar las verdaderas sumas que arguye como adeudadas, lo que conllevó a la absolución de esta súplica. Frente a la sanción por despido sin justa causa, adujo que no prosperaba condena por cuanto el finiquito se dio bajo los presupuestos legales contemplados en el artículo 46 del C.S.T. como lo fue la expiración del plazo pactado.

Destacó que en lo que respecta a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., atendiendo la buena o mala fe que reviste la su imposición conforme lo ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del presente asunto se configuró una buena fe, bajo el entendido que la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. desde la contestación de la demanda negó la configuración del contrato de trabajo alegando en su favor la existencia de un vínculo de carácter comercial diferente al laboral con ocasión al acuerdo suscrito con EMPOSER LTDA, corriendo con igual suerte la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló de manera parcial. Expuso en su alzada no encontrarse de acuerdo con que el contrato de trabajo declarado no se hubiese establecido a término indefinido, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del C.S.T., todo contrato de trabajo a término fijo debe constar por escrito, sin que dentro del plenario obre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prueba de la celebración del referido contrato con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

Que resulta ilógico que la Convención Colectiva de Trabajo se haya aplicado de manera parcial, ya que es contradictorio que se reconocieran las primas convencionales, pero no el contrato a término indefinido.

Expuso que en lo que concierne a la reliquidación de las cesantías, es imposible conseguir los verdaderos montos devengados ante un patrono que ocultó la relación laboral.

Asevera que si EMPOSER LTDA. fuese el verdadero empleador, claramente hubiese podido probar en el juicio una verdadera subordinación para con la demandante, por lo que al haberse declarado por la *a-quo* un contrato a término fijo con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., cercenó de manera automática su derecho a la negociación colectiva, junto con las demás indemnizaciones perseguidas, máxime si en el *petitum* se solicitó la configuración de un contrato de trabajo bajo la primacía de la realidad sobre las formas.

Adujo que al ocultarse por parte de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. el derecho a la negociación colectiva, resulta notoria la mala fe en su actuar, que conduce a la procedencia de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., utilizando incluso un aparente empleador para el engaño, tópico que a su vez conlleva a la procedencia de la sanción por la no consignación de las cesantías.

Al unísono, expuso que la condena en costas impuestas a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. debe ser superior, como quiera que debe analizarse la ardua labor ejercida dentro del presente asunto, aspecto que también se encuentra plenamente establecido por directrices del Consejo Superior de la Judicatura.

Por su parte la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. adujo en su alzada que la demandante no estuvo realizando



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

actividades de recolección de valores, ya que salta a la vista la imposibilidad que un operador de medios tecnológicos que se encontraba al interior de sus dependencias tuviera o portara armas de fuego, cuando la actora no era escolta, objeto propio del contrato de prestación de servicios suscrito con EMPOSER LTDA, por lo que no se puede establecer que la totalidad de los elementos que corresponden a la ejecución de ese contrato debieran acreditarse en el expediente.

Es por ello que la actividad desarrollada por la demandante no es propia del objeto social de la empresa como así lo determinó la *a-quo*, y que si en gracia de discusión no resultase de recibo lo hasta aquí argumentado, debe tenerse en cuenta que las normas laborales señalan que las actividades desarrolladas por el intermediario se tendrán como realizadas por el empleador, es decir, que tendría plena validez la celebración del contrato de trabajo a término fijo celebrado entre la demandante y EMPOSER LTDA.; circunstancia por la cual, en vigencia de esa relación laboral existieron dos o más convenciones colectivas de trabajo que se suscribieran con SINTRAVALORES, por lo que debía aplicarse la última convención vigente como así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero al nunca haberse reclamado esa situación por la demandante es evidente que no le asiste derecho alguno por aspectos de carácter convencional, sumado a que nunca se afilió sindicalmente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si entre la demandante



y la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. existió un verdadero contrato de trabajo.

De proceder la anterior pretensión principal, en segunda medida se auscultará si es procedente el pago de los beneficios convencionales perseguidos en atención a la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y el Sindicato SINTRAVALORES, en especial, la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, y demás pretensiones condenatorias estimadas; finalmente, si resulta procedente la condena al pago de costas procesales en el monto establecido por la *a-quo*.

c. Del caso en concreto:

Advierte la Sala inicialmente, que lo alegado por la demandante en inicio, es que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada por el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2002 y el 15 de junio de 2016, para lo cual aduce el principio de primacía de la realidad, como quiera que durante dicho interregno fue vinculada en apariencia como trabajadora de EMPOSER LTDA.

De la relación jurídica sustancia con Contratista Independientes:

Es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Recientemente, la Corte en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo¹, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

El reproche del apelante accionado gira en torno a establecer la legalidad de la contratación laboral de la accionante con EMPOSER LTDA. y, por ende, la inexistencia del contrato de trabajo declarado en primera instancia.

Así las cosas, en lo que concierne a la prueba documental aportada al plenario, se aprecia que la demandante allegó copia de una certificación laboral emitida por EMPOSER LTDA., en la que quedaron consignados los extremos laborales comprendidos entre el 16 de junio de 2002 y el 15 de junio de 2016 (Fl. 38), situación que se acompasa con el contrato de trabajo a término fijo que suscribiera la actora con dicha sociedad el 16 de junio de 2003 y sus diferentes otrosí de prórrogas, además del preaviso emitido el 14 de mayo de 2016 en el que se le comunicó a la actora que su contrato culminaría el 15 de junio de 2016 (Fls. 220 a 228 y 223 a 240).

Sumado a lo anterior, se aprecia que obran desprendibles de nómina emitidas por EMPOSER LTDA., atinentes al pago de quincenas de los meses de septiembre de 2014, octubre de 2015 y los meses de febrero y abril de 2016, las cuales no fueron redargüidas de falsas por ninguna de las partes que integran el contradictorio, y que enrostran que el pago efectuado fue a razón de actividades en la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el testimonio del señor CARLOS GUILLERMO CELI ALFONSO (tachado de sospecha), quien manifestó conocer a la demandante porque fueron compañeros de trabajo en la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., recalcando que él como testigo ingresó a laborar en esa empresa en el año 2009 y, para esa época, la actora ya se encontraba laborando allí.

Que las instalaciones de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. están ubicadas en la Avenida Américas No. 42-25, mismo sitio en el que la demandante desempeñaba sus funciones en el cargo de Operadora de Medios Tecnológicos y en ocasiones hacía reemplazos como Secretaria de Seguridad.

Que cuando el personal se movilizaba en los carros blindados, llamaban a la actora por Avantel para que les diera el número de apertura de la bóveda del vehículo, ya que con ese número se hacía la apertura y el reporte del cierre. Que en las instalaciones de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. existían tripulantes, escoltas, conductores y en la oficina donde prestaba labores la accionante estaba el personal de medios tecnológicos, refiriendo los nombres de QUILIO MARTÍNEZ y DIEGO PARRA, quienes desempeñaban idénticas funciones a la demandante y se encontraban vinculados de manera directa con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

Que el jefe inmediato de todos los trabajadores, incluyendo a la demandante, era el Mayor ALBERTO CÁRDENAS, junto con los Supervisores de Seguridad de nombres GERARDO ÁLVAREZ, GUILLERMO CORREA y RAÚL MOLINA. Que escuchó de la existencia de la sociedad EMPOSER LTDA., más no la conoce, y tiene entendido que en esta existían trabajadores de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., precisando que conocía de algunos compañeros contratados por EMPOSER LTDA. pero que laboraban al servicio de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adujo que nunca vio desprendibles de pago de nóminas de la demandante, pero supone que quien le cancelaba su salario era la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., destacando que a la actora la tenían tercerizada a través de EMPOSER LTDA., teniendo conocimiento de ello porque fue la misma señora GLORIA NANCY UTIMA GUTIÉRREZ quien se lo manifestó, de ahí que no se le pagara ningún derecho convencional a pesar que cumplía idénticas funciones a los trabajadores de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

Reiteró que el Mayor ALBERTO CÁRDENAS laboraba directamente con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. al igual que los Supervisores RAÚL MOLINA, GUILLERMO CORREA y GERARDO ÁLVAREZ. Mencionó que los beneficios convencionales de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. consistían en una prima extralegal, comidas y bono de vacaciones.

Que la demandante portaba uniformes de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., carné expedido por la demandada, siendo enfático en precisar que en las instalaciones de la encartada únicamente funcionaban oficinas de la misma, no de empresas ajenas, sin que tenga conocimiento que existiesen directivos de EMPOSER LTDA.

Adujo que entre las funciones de la demandante se encontraban las de revisar las cámaras y verificar los GPS para saber dónde se encontraban los carros, y cuando esta hacía reemplazos de Secretaria de Seguridad se encargaba de expedir certificaciones laborales, remitía la programación de los turnos y era la que se encargaba de las citas con el Mayor ALBERTO CÁRDENAS, precisando que él como testigo cuando empezó labores al servicio de PROSEGUR lo hizo como vigilante.

Expuso que tiene conocimiento que las instalaciones físicas de EMPOSER LRDA. quedan al respaldo de PROSEGUR, aproximadamente a una cuadra. Que él como testigo durante los primeros cuatro años permaneció siempre en las instalaciones de PROSEGUR ya que inició allí en el cargo de vigilante, luego fue



ascendido al cargo de tripulante por lo que duró trabajando seis años en los carros blindados, relatando además que cuando laboró en este último cargo en los vehículos también existía personal de EMPOSER LTDA.

Que nunca vio a la demandante con armamento, no tiene conocimiento quien compraba el uniforme de la actora y no sabe si la accionante se afilió al Sindicato SINTRAVALORES.

Del conjunto probatorio analizado en precedencia, se puede concluir que, como lo determinó la falladora de instancia, la actora logró acreditar que en efecto existió la prestación personal del servicio en las dependencias de la demandada sobre los extremos temporales alegados, dejando presente por demás que con la declaración surtida por el testigo CARLOS GUILLERMO CELI ALFONSO, quedó vislumbrado que las actuaciones realizadas por la señora GLORIA NANCY UTIMA GUTIÉRREZ en el cargo de Operadora de Control e incluso como Secretaria encargada de Seguridad, giraron en torno a la inspección y vigilancia propia de los vehículos transportadores de PROSEGUR S.A., declaración contundente en su relato, toda vez que el testigo laboró al servicio de la demandada desde el año 2009 hasta el 2018 en los cargos de vigilante y tripulante respectivamente, por lo que tenía conocimiento directo sobre el preciso lugar donde la actora desempeñaba sus funciones.

Bajo esta óptica, es menester recordar que el artículo 35 del C.S.T. regula:

“ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

- 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.*
- 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de este y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*
- 3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, Radicación No. 81104 del 4 de noviembre de 2020, frente al tema de la simple intermediación adujo:

“1. La tercerización laboral

“Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

“En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

“Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero». Por tanto, «no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades» (CSJ SL467-2019).

“2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

“Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

“Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

“Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas”.

En tal sentido, de las probanzas acreditadas, resulta evidente que además que la actora siempre prestó el servicio en las dependencias de la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., se evidencia que fue esta última quien proporcionó en su totalidad la logística y demás necesidades de las actividades a desarrollar, tan es así, que como lo explicó el declarante señor CARLOS GUILLERMO CELI ALFONSO, tanto los compañeros de trabajo, como sus jefes inmediatos consistentes en el Mayor ALBERTO CÁRDENAS y los Supervisores de Seguridad de nombres GERARDO ÁLVAREZ, GUILLERMO CORREA y RAÚL MOLINA, eran personas contratadas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

directamente por PROSEGUR S.A., lo que enrostra de manera notoria que además de presentarse las labores de la actora en las propias instalaciones de PROSEGUR s.a., también fue subordinada por personal directo de esta SOCIEDAD, aspecto que conduce a que se constituya como verdadero empleador, máxime que no puede perderse de vista el hecho que no obra prueba alguna que advierta si quiera que fuese EMPOSER LTDA. quien suministrara las órdenes, herramientas de trabajo o aspectos similares para la constitución de un contratista independiente.

Bajo esta égida y en atención de los postulados jurisprudenciales emanados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, claro resulta entonces que EMPOSER LTDA. no fungió como verdadero empleador de la accionante.

Otro argumento de trascendental importancia, es que resulta ilógico que la demandada pretenda contratar personal externo a través de EMPOSER LTDA., cuando ambas gozan de un mismo objeto social según se desprende de los respectivos Certificados de Existencia y Representación Legal, más exactamente en lo que atañe a la prestación de servicios de vigilancia escoltada, aspecto que desdibuja o desnaturaliza el concepto de empresa consagrado en el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, entendida como toda unidad de explotación económica que tenga trabajadores a su servicio, sin que sea un axioma que no pueda eventualmente suscribir contratos de prestación de servicios, pero no para efectos de ocultar la relación laboral que sostiene con el personal que le presta directamente el servicio.

Esto conduce a que sea inadmisibile, que al ser el objeto social de la demandada el transporte de valores y la prestación del servicio de vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores, no contrate directamente su personal laboral con la finalidad que se encargue de tal actividad, y tenga que recurrir a figuras ajenas a la normatividad laboral vigente, y si bien la señora GLORIA NANCY UTIMA GUTIÉRREZ no desarrolló funciones propias de escolta y vigilancia en el entendido que su labor de Operadora de Control no tenía que ver de manera directa con el transporte del dinero en los distintos vehículos de PROSEGUR S.A., lo cierto es que las funciones propias de su cargo, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afianzaban precisamente a la materialización de esa seguridad y vigilancia dineraria a través de protocolos donde ella era la encargada el pleno funcionamiento del transporte.

Aunado a lo anterior, que no se derruye por ningún medio de convicción la presunción de existencia del contrato de trabajo ante la prestación del servicio, ni se acreditó que la actora no ejecutara las órdenes emanadas de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., lo que implica que la demandada sea la verdadera empleadora como consecuencia de la contratación sucedida entre esta y la empresa EMPOSER LTDA., en virtud del contrato de trabajo celebrado a término fijo por el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2002 y el 15 de junio de 2016; circunstancia por la cual, al ser la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. el verdadero empleador de la actora, la decisión de primer grado habrá de confirmarse sobre este aspecto.

De la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 pretendida por el demandante, y suscrita entre la demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores -SINTRAVALORES:

Como ya se refirió, la actora pretende se dé aplicabilidad a la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 que suscribiera la demandada con el Sindicato Nacional de Trabajadores - SINTRAVALORES, la cual goza de la respectiva constancia de depósito (Fls. 53 a 87), pues en sus artículos 3 y 5 disponen su aplicabilidad a todos los trabajadores de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., los cuales aducen:

*“Artículo 3. – Campo de aplicación: La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de **THOMAS PROSEGUR S.A.**, dentro del territorio nacional donde esta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores”.*

*“Artículo 5. – Contratación de personal: Todos los trabajadores que entren a prestar sus servicios a **THOMAS PROSEGUR S.A.** tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido. La empresa podrá celebrar contratos por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada distinta al giro propio de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las actividades de la empresa, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

*“El personal que preste sus servicios a la compañía a través de la firma de **SERDEMPO LTDA.**, que cumpla cuatro (4) meses de servicio, ipso facto quedará contratado a término indefinido con **THOMAS PROSEGUR S.A.**, reconociendo el tiempo laborado en esta firma y cualquier aumento de salario a que tenga derecho, sin nuevo periodo de prueba.*

*“Queda entendido que **THOMAS PROSEGUR S.A.**, no podrá contratar personal con otras compañías o entidades que suministren personal temporal.*

*“**Parágrafo:** No obstante, la estipulación anterior, la empresa puede solicitar los servicios de entidades del estado, cada uno de éstos servidores no podrán laborar más de un mes continuo en la compañía y en ningún caso podrá laborar más de uno de estos servidores en cada vehículo y su labor en los vehículos blindados será de lunes a viernes”.*

De la lectura convencional, en primer lugar, se aprecia que su campo de aplicación es para todo el personal de la demandada en el territorio nacional, por lo que en principio resulta palmario que la actora entraría dentro del marco de aplicación.

En lo que atañe al artículo 5, la Sala debe señalar que el personal que preste sus servicios a la demandada lo debe desarrollar mediante un contrato a término indefinido, que los contratos por tiempo determinado, sería para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, y que el personal que preste sus servicios a la compañía a través de la firma de SERDEMPO LTDA., que cumpla cuatro (4) meses de servicio, ipso facto quedará contratado a término indefinido con THOMAS PROSEGUR S.A.

Debe advertirse que la demandada expone en su contestación de demanda que la Convención Colectiva de Trabajo que se encuentra vigente para el presente asunto, es la suscrita para los años 2015-2019, situación que no se acompasa con la realidad, toda vez que de la Convención 2008-2009 no se evidencia ninguna modificación por lo menos hasta el año 2016, y al haber laborado la actora precisamente hasta esta última calenda, resulta valedera su aplicación en el *sub-examine*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En este punto, deja de presente la Sala que al haberse acreditado de manera fehaciente que quien fungió como verdadero empleador de la actora fue la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., era clara la aplicación integral de la Convención Colectiva de Trabajo.

Debe advertirse además que la demandada expone en su contestación que la Convención que se encuentra vigente para el presente asunto, es la suscrita para los años 2015-2019 y que por consiguiente debe respectarse la vigencia integral de esta última, por lo que el estudio convencional debe atenderse con base en las modificaciones y/o restricciones que allí se hubiesen impuesto.

En efecto la encartada allegó la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia 2015-2015 (Fls. 246 a 264), la cual, verificada su contenido, se aprecia que las prerrogativas allí consignadas en nada eliminaron o suprimieron los articulados perseguidos por la parte demandante en la Convención con vigencia 2008-2009, a *contrario sensu*, en parágrafo del artículo 3º se consagra que:

“Las partes dejan constancia expresa de que los beneficios convencionales que los trabajadores afiliados a Sintravalores tienen al momento de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo no tendrán desmejora algún (desde el Artículo 1º hasta el Artículo 68), con la entrada en vigencia del Capítulo Especial [...]”.

Ahora bien, frente a la modalidad de vigencia del contrato de trabajo discutido por la actora, se debe señalar que al haberse acreditado que quien fungió como verdadero empleador fue la accionada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., dicha situación implica que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, el contrato y la modalidad pactada con EMPOSER LTDA., carezca de valor y efectos, entendiéndose para todos los efectos legales que la relación laboral estuvo regida por un contrato de trabajo a término indefinido y con plena aplicación, se reitera, de la Convención Colectiva de Trabajo.

Resuelto lo precedente, procede la Sala a adentrarse al estudio de las pretensiones de carácter condenatorio, haciendo hincapié que, en atención a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los argumentos de los apelantes, esto es, la accionante y la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., es menester dejar por sentado que no fue objeto de inconformidad por ninguna de ellas en lo que atañe al último salario devengado por la actora que fue determinado en primera instancia en la suma de \$1.183.000.

De la Excepción de prescripción.

Advierte la Sala que al haberse celebrado el contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2002 y el 15 de junio de 2016, existe prescripción parcial de lo pretendido con anterioridad al 22 de noviembre de 2014.

Ello en atención a que, si bien la relación laboral finalizó el 15 de junio de 2016, tenía como plazo máximo para demandar hasta el 15 de junio de 2019, por lo que al presentar demanda el 22 de noviembre de 2017, interrumpió la prescripción para dicha calenda de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del C.S.T., de ahí que las pretensiones condenatorias perseguidas por la demandante y como lo determinó la *a-quo*, gozaran del fenómeno prescriptivo con anterioridad al 22 de noviembre de 2014.

De las pretensiones de carácter condenatorio:

De entrada, advierte la Sala que las condenas impuestas en primer grado en lo atinente a las primas extralegales de junio y diciembre, junto con la prima de vacaciones convencional, emolumentos que se encuentra regulados en los artículos 26 y 27 de la Convención Colectiva 2008-2009 suscrita entre la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y el Sindicato SINTRAVALORES, se mantendrá incólume, como quiera tal tópico no fue apelado por ninguna de las partes, máxime si la prescripción fue debidamente estudiada por la falladora de primera instancia.

De otra parte, se pretende la reliquidación de las cesantías teniendo en cuenta los emolumentos salariales en la Convención, por cuanto los mismos constituyen factor salarial.

Tal pretensión no será de prosperidad, pues revisado el acuerdo convencional, no obra ningún condicionamiento que advierta que los emolumentos de la Convención constituyan factor salarial, máxime si el actor no propuso un argumento que logre advertir una interpretación para sus intereses. No debe desconocerse que en tratándose de reajustes salariales, era a la parte accionante a quien le correspondía acreditar los factores salariales protagonistas para la formulación de esta pretensión, por lo que la absolución de primera instancia se mantendrá incólume.

De la sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 7 de la Convención, así como la sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T.:

El artículo 7 del texto convencional expone:

“Artículo 7. – Despido sin justa causa: En caso de despido de un trabajador sin justa causa, la empresa pagará al mismo tres (3) meses de salario básico para cada año de servicio y proporcionalmente por fracción, como indemnización adicional a la que contempla la ley.”

Respecto a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Obra carta de terminación del contrato de trabajo que emitiera EMPOSER LTDA. el 14 de mayo de 2016 (Fl. 228), mediante la cual dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante a partir de la calenda ya referida, por lo que en principio se encuentra acreditado el despido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al respecto, se aprecia que el motivo del finiquito de la demandante fue la presunta culminación del plazo pactado en el contrato de trabajo a término fijo suscrito con EMPOSER LTDA., supuesto que, confrontado con la realidad legal y probatoria, la comunicación del preaviso adiada el 14 de mayo de 2016 no se configura como una de las justas causas a favor del empleador contempladas en el literal a) del artículo 62 del C.S.T. para finalizar el vínculo contractual.

Ello por cuanto, al quedar plenamente explícita la existencia de una indebida contratación de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. para con la demandante y, haberse establecido que el contrato es a término indefinido, es palmario que el motivo del despido no se encuentra ajustado a derecho e incluso, no está soportado en un argumento normativo que lo respalde para la contratación a término indefinido, lo que conlleva a que goce de prosperidad la condena establecida en el artículo 64 del C.S.T., así como la contemplada en el artículo 7º convencional.

Frente a la primera de ellas, el artículo 64 del C.S.T. regula:

“ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. *En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.*

[...]

“En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción”

Así las cosas, la actora es beneficiaria por el tiempo de labores comprendido entre el 16 de junio de 2002 y el 15 de junio de 2016 sobre un total 290 días



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de sanción y, como quiera que el último salario diario determinado fue la suma de \$39.433, la condena por este concepto asciende a la suma de \$11.435.570.

Por otra parte, frente a la regla de pago por el despido sin justa causa regulado en el artículo 7º convencional, el mismo preceptúa que *“En caso de despido de un trabajador sin justa causa, la empresa pagará al mismo tres (3) meses de salario básico para cada año de servicio y proporcionalmente por fracción, como indemnización adicional a la que contempla la ley”*.

En tal sentido, puede colegir la judicatura que el precepto convencional determinó que a parte de la sanción reglada en el artículo 64 del C.S.T., también quedó consignada para pago la señalada en su artículo 7º, sin que ambas gocen de exclusión para su imposición, por lo que resulta procedente para condena.

Es así que, según la directriz del articulado convencional, en este asunto la demandante no acreditó prueba sobre cuánto era el monto real de su salario básico para los años 2002 a 2015, sino que únicamente el mismo se determinó para el año 2016 por valor de \$1.183.000; circunstancia por la cual, el salario básico desde el año 2002 hasta el 2015 se tendrá bajo un S.M.L.M.V., monto que se calcula de la siguiente manera:

AÑO	SALARIO BÁSICO	No. DE SALARIOS	TOTAL
2002	\$ 309.000	3	\$ 927.000
2003	\$ 332.000	3	\$ 996.000
2004	\$ 358.000	3	\$ 1.074.000
2005	\$ 381.500	3	\$ 1.144.500
2006	\$ 408.000	3	\$ 1.224.000
2007	\$ 433.700	3	\$ 1.301.100
2008	\$ 461.500	3	\$ 1.384.500
2009	\$ 496.900	3	\$ 1.490.700
2010	\$ 515.000	3	\$ 1.545.000
2011	\$ 535.600	3	\$ 1.606.800
2012	\$ 566.700	3	\$ 1.700.100
2013	\$ 589.500	3	\$ 1.768.500
2014	\$ 616.000	3	\$ 1.848.000
2015	\$ 644.350	3	\$ 1.933.050
2016	\$ 1.183.000	3	\$ 3.549.000
GRAN TOTAL			\$ 23.492.250

Lo referido hasta aquí por concepto de la sanción por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T. y la del artículo 7º de la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009, conlleva a que la sentencia de primera instancia sea revocada de manera parcial en estos aspectos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre estas condenas no opera el fenómeno prescriptivo, ya que la relación laboral finalizó el 15 de junio de 2016 y se presentó la demanda dentro los tres años siguientes, más exactamente el 22 de noviembre de 2017 (Fl. 163), de ahí que no se extralimitó el término de los tres años para perseguir este tipo de pretensiones, adicional al hecho que deberán cancelarse de manera indexada cuando se efectúe el pago.

De la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales regulado en el artículo 65 del C.S.T. y por la no consignación del auxilio de cesantías:

El artículo 65 del C.S.T., consagra que 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. De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL523-2022, Radicación No. 86235 del 22 de febrero de 2022, señaló:

“En primer lugar, frente a la alegación jurídica esbozada en el tercer cargo, en el sentido de que para efectos de resolver la súplica de la indemnización moratoria se debe presumir la buena fe de la empleadora en los términos de los artículos 55 del CST y 83 de la CP, debe advertir la Sala que no le asiste la razón a la censura, por cuanto la jurisprudencia de esta corporación ha adoctrinado que es al empleador a quien le corresponde demostrar las razones serias, atendibles, satisfactorias y justificativas de su conducta omisiva que lo ubiquen en el terreno de la buena fe, sin partir de presunción alguna. Al respecto, en las sentencias CSJ SL8216-2016 y CSJ SL16884-2016, las cuales fueron reiteradas recientemente en la decisión CSJ SL5516-2021, sobre el tema se dijo:

“La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ha precisado que la misma no es de aplicación automática y en consecuencia la sanción impuesta debe obedecer a una sanción derivada de la conducta patronal carente de buena fe que conduce a la ausencia o deficiencia en el pago de las sumas de origen salarial o prestacional.

“Ahora, no se puede soslayar que esta sanción procede «cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta» (CSJ SL3936-2019, reiterada en CSJ SL1618-2021), razón por la cual, conforme la sentencia CSJ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SL3936-218, «le corresponde al empleador la carga de la prueba a efectos de exonerarse de la sanción prevista en el artículo 65 del estatuto laboral (CSJ SL, 21 sep. 2010, rad. 32416, reiterada en la SL11436-2016)».

“Esto significa que no se parte de presunción alguna de si la conducta del superior incumplido estuvo asistida de buena o mala fe, ni le compete al trabajador acreditar que su superior actuó con desidia en aras de causarle un daño, sino que, por el contrario, debe el subordinante evidenciar que «existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe» (SL8216-2016, SL16884-2016, citadas en CSJ SL4575-2020, CSJ SL3718-2021 y CSJ SL3828-2021).

Ahora bien, en el presente evento al accionante no se le adeudaron a la finalización del vínculo laboral cesantías ni prestaciones sociales legales, de otra parte, debe acotar la Sala que el hecho de truncar la negociación colectiva como aduce el recurrente, no se encuentra enmarcada tal situación como constitutiva de indemnización moratoria.

De tal manera, que se encontró acreditado que se adeudan acreencias laborales de tipo convencional, específicamente las primas extralegales de junio y diciembre, las cuales se constituyen en prestaciones sociales, derechos laborales que fueron conculcados bajo la égida de la existencia de un contrato de trabajo con otra sociedad, situación que como se analizó, no correspondía con la realidad material de la relación laboral, pues se utilizó tal figura para direccionar las obligaciones patronales a otra empresa, desconociendo la aplicación de beneficios convencionales, lo cual en manera alguna se constituye en un actuar de buena fe, lo que implica la procedencia de la sanción moratoria. Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL412-2020, Radicación No. 65112 del 12 de febrero de 2020, señaló:

“La razón por la cual el Tribunal se abstuvo de condenar a la demandada a pagar la indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, estuvo en que:

“[...] si bien es cierto que se demostró que las demandadas no pagaron a la demandante las sumas correspondientes a la prima de navidad y de vacaciones, también lo es que ello se debió a la creencia plausible de que la demandante era una trabajadora con los derechos laborales previstos para los trabajadores particulares, amén de que las correspondientes a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las que no ofrecían duda alguna, como la cesantía y la prima de servicios, fueron pagadas en su integridad. (Subraya la Sala).

[...]

“Con ese norte, la Corte observa que tiene razón la censura en su embate, como quiera que si estaba en firme que el verdadero empleador era la accionada, al haberse violado el término legal que permite la contratación de trabajadores en misión, y esa empresa contratante era una entidad que se rige por las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado, no podía el Tribunal argumentar válidamente quien acreditó la buena fe por parte de la pasiva, que la contratación era de carácter privado, como quiera que era a través de una empresa de servicios temporales, puesto que la demandada conocía que con creces se había superado el año que establece el artículo 6° del Decreto 4369 de 2006, tal como previamente quedó definido.

[...]

“Por demás huelga recordar que cuando una empresa usuaria contrata los servicios de una temporal y esta es tenida finalmente como simple intermediario, por violar las normas que regulan su actividad, la usuaria queda inmersa en el terreno de la mala fe y debe responder por dicho comportamiento, que fue lo que aquí ocurrió.

El anterior raciocinio es aplicable al presente evento, en tanto la accionada ocultó el contrato de trabajo evadiendo el pago de prestaciones sociales de carácter convencional, estableciéndose la mala fe en tal actuar. Ahora bien, teniendo en cuenta que la relación laboral finiquitó el 15 de junio de 2016 y que la demanda se presentó el 22 de noviembre de 2017, se condenará al pago de un día de salario por cada día de mora durante los primeros 24 meses, y con posterioridad a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, establecida por la Superintendencia Financiera.

Ahora, consigna la Sala que uno de los puntos de apelación de la parte demandante es la procedencia de la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pretensión que no será objeto de pronunciamiento como quiera que no fue solicitada con las pretensiones de la demanda ni mucho menos estudiada por la *a-quo*, por lo que no hay lugar a su estudio en atención del principio de congruencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, la parte demandante aduce en su alzada inconformidad sobre el monto determinado en primer grado a razón de las costas procesales, situación por la que se advierte que no es este escenario para su pronunciamiento de conformidad con lo establecido en los artículos 365 y 366 del C.G.P., debiendo debatir tal aspecto frente a auto que se profiera respecto de la liquidación de costas, por lo que se despachará negativamente su súplica.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que el contrato existente entre la demandante y la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** es a término indefinido, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** a pagar a la demandante la sanción por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T. y la del artículo 7º de la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 de la siguiente manera:

_ Sanción por despido sin justa causa de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del C.S.T. en la suma de \$11.435.570.

_ Sanción por sanción despido sin justa causa de que trata el artículo 7º de la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 en la suma de \$23.492.250.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Las anteriores sumas deberán efectuarse de manera indexada en atención de las consideraciones expuestas.

De igual manera en el sentido de **CONDENAR** a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. a pagar a título de indemnización moratoria la suma de \$28.392.000, correspondientes a \$39.433 diarios entre el 16 de junio de 2016 y el 15 de junio de 2018, a partir del 16 de junio de 2018 se solucionarán los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago se verifique.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; se declare ineficaz el despido o la terminación unilateral del contrato de trabajo y el consecuente reintegro por gozar de la estabilidad laboral reforzada; más el pago de los últimos tres meses de salario y los salarios, vacaciones, dotaciones, primas legales semestrales, primas extralegales semestrales, y demás prestaciones legales y extralegales causadas y que se llegaren a causar, desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta el día en que quede ejecutoriada la sentencia, más los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, condenas que debe ser indexadas, así como lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

De manera subsidiaria, depreca la condena al pago de los respectivos intereses moratorios contemplados en el artículo 65 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que prestó sus servicios personales en beneficio de la accionada COLVATEL S.A. E.S.P. desde el 30 de octubre de 2014 hasta el 30 de diciembre del 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de empalmaría de redes de cobre, devengando una asignación salarial de \$691.000 y un auxilio de transporte de \$77.000.

Que las labores ejecutadas pertenecen al giro ordinario de la empresa, pese a lo cual la empleadora ocultó el contrato de trabajo por intermedio de la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL-, con quien suscribió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, el cual pactó el 30 de octubre 2014; que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no canceló los dos últimos salarios, y durante la vigencia del contrato, nunca disfrutó del periodo vacacional.

Que la accionada le manifestó que no regresará a sus funciones, dando así por terminado el contrato de trabajo, pese a las afectaciones de salud que padece;



que desde el mes de agosto de 2016 las accionadas no cumplieron con su obligación legal de realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Relata que las afectaciones de salud fueron diagnosticadas desde del año 2015, determinadas como patología osteomuscular a nivel de columna lumbar, trastorno de disco lumbar y otros; que el día 18 enero 2017 el Ministerio del Trabajo no autorizó dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión a encontrarse con una aparente estabilidad reforzada de conformidad con la Ley 361 de 1997.

Que la sociedad COLVATEL S.A. E.S.P. como verdadero empleador no le canceló el valor correspondiente a la prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad OPTIMIZAR SERVISIO TEMPORALES S.A. – EN LIQUIDACIÓN, contestó la demanda señalando que el accionante suscribió contrato de trabajo el 30 de octubre de 2014, el cual finalizó el 16 de noviembre de 2016 por la apertura del proceso de liquidación judicial; que las funciones que desempeñó eran asignadas por la empresa usuaria, esto es, por COLVATEL S.A. E.S.P.; refiere las acreencias laborales adeudadas quedaron sujetas a las reglas del concurso y serán solucionadas dentro del proceso de liquidación judicial, frente a las cuales además debe responder de manera solidaria la empresa usuaria.

Formuló las excepciones de mérito que denominó existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por “*los demandantes*” (sic), existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica.

Por su parte la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE SERVICIOS DE VALOR AGREGADO Y TELEMPATICOS S.A. E.S.P. COLVATEL S.A. E.S.P., contestó la demanda



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

señalando que no es cierto que haya existido entre las partes un contrato de trabajo, toda vez que la E.S.T. fungió como su verdadero empleador, sociedad que es la única responsable del pago de acreencias laborales.

Propuso y sustentó las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de noviembre de 2021, absolvió a las accionadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó que no existe discusión frente a la prestación personal del servicio, el extremo inicial y las funciones desarrolladas, acreditándose además que el extremo final corresponde al 16 de noviembre de 2016.

Estima que de los medios de convicción se logra establecer que el demandante fue contratado por la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. – EN LIQUIDACIÓN, para prestar sus servicios como trabajador en misión a favor de la usuaria COLVATEL S.A. E.S.P., la cual superó el término de un año consagrado legalmente, no obstante, dicha situación obedeció a que el demandante presentó afectaciones en su estado de salud, por lo que se vio en la obligación de mantener el puesto de trabajo, en virtud de la protección de la que era objeto.

De otra parte, que el mismo demandante el momento de absolver interrogatorio de parte confesó que su verdadero empleador lo fue la empresa de servicios temporales, quien le canceló los salarios y prestaciones sociales, le impartió órdenes y decidió dar por terminado el contrato de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, señaló que de las pruebas allegadas oportunamente al expediente, se concluye que si bien es cierto que existen restricciones laborales emitidas por parte de su EPS CAFAM el 4 de junio de 2016 y el 21 de noviembre de 2016, no es menos cierto que no se logró demostrar que al momento de la desvinculación el actor tuviera una incapacidad para ejercer las labores de su cargo o una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, y adicionalmente la terminación de la relación laboral obedeció a la apertura del proceso de liquidación judicial.

Finalmente, que si bien al momento de la presentación de la demanda no obra prueba alguna relacionada con el pago correspondiente a la liquidación del contrato de trabajo, se pudo demostrar que, durante el trámite del proceso liquidatorio, la entidad accionada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. canceló por intermedio de la aseguradora el valor adeudado al trabajador, lo cual además acredita u obrar de buena fe, que torna en improcedente la indemnización moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Para tal efecto señala que los términos máximos de contratación mediante Empresa de Servicios Temporales, están regulados en los artículos 71 a 77 de la Ley 50 de 1990, los cuales fueron excedidos, debiéndose aplicar además la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T.

De otra parte, que el hecho de superar el término de contratación, vislumbra el actuar de mala fe de la empresa usuaria COVALTEL S.A. E.S.P., máxime que adujo que se siguió prorrogando el contrato de trabajo debido a que el actor padecía de afecciones de salud, lo cual, pese a ello, no se garantizó a la terminación del contrato de trabajo, fecha para la cual incluso su estado de salud había desmejorado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refiere que el Ministerio del Trabajo no autorizó la terminación del contrato de trabajo, y el representante legal de COLVATEL S.A. E.S.P. aceptó que se sigue necesitando la labor del actor y en la ciudad de Villavicencio existe el cargo que desempeñaba, ello en tanto es una actividad propia de la actividad económica de la accionada.

Finalmente, aduce que el actor no fue calificado en cuanto a la pérdida de la capacidad laboral, por el incumplimiento en el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, sin que COLVATEL S.A. E.S.P. tuviera el deber de cuidado de exigir el acatamiento de las normas laborales a la E.S.T.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar en primer lugar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la sociedad COLVATEL S.A. E.S.P.; de igual manera, si el actor gozaba de la estabilidad laboral reforzada.

a. Contrato de Trabajo:

Inicialmente se debe acotar que por activa se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo como medio vinculante entre COLVATEL S.A. E.S.P. y el accionante JUAN MELZAR CARO ROJAS, con vigencia entre el 30 de octubre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2014 y el 30 de diciembre de 2016, siendo OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. – EN LIQUIDACIÓN, un simple intermediario, y en virtud de tal declaración, se las condene de manera solidaria al pago de las acreencias laborales deprecadas.

De tal manera, que la demanda se dirige a establecer el contrato ficto de trabajo con la sociedad que estima fungió como su verdadero empleador, para lo cual aduce en la alzada que tal situación se acredita por el hecho de haberse superado el término máximo de contratación regulado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Refiere además que no resulta de recibo que para efectos de exculpar a las accionadas en la extralimitación temporal, se acepte el hecho de mantener la contratación por su estado de salud, y no obstante ello, desconocer de manera contradictoria la estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, sea lo primero indicar, que dentro del presente asunto no fue objeto de reproche que el demandante suscribió contrato de trabajo por obra o labor con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORLAES S.A. – EN LIQUIDACIÓN, en virtud del cual el demandante se desempeñó como trabajador en misión de la usuaria COLVATEL S.A. E.S.P., desempeñándose como auxiliar de empalmería de redes de cobre, tal como da cuenta la certificación expedida por la E.S.T. (Fl. 47).

En ese orden de ideas, es claro que se acreditó de manera fehaciente la prestación personal del servicio, siendo aplicable la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., esto es, *“que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, debiéndose por pasiva desvirtuarla.

Ahora bien, no debe perderse de vista que las Empresas de Servicios Temporales, verifican el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el desarrollo de actividades. Las mismas están reguladas por la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94. En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Ello implica, que si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia, más exactamente la sentencia SL4330-2020, Radicación No. 83692 del 21 de octubre de 2020, analizó el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con el de fraude a la ley en supuestos de contratación mediante Empresas de Servicios Temporales, en la medida que a pesar de que existan contrataciones de personal en misión bajo esta óptica, infringe la normatividad vigente, así lo expuso el órgano de cierre:

“Aplicación de los principios de primacía de la realidad y de fraude a la ley en supuestos de contratación mediante Empresas de Servicios Temporales.

“El fraude a la ley es un principio general del derecho que como tal permea todo el ordenamiento jurídico y se define como el quebrantamiento de la legalidad, al amparo aparente de una norma. Esta figura denota aquel proceder que superficialmente se ajusta a la ley, pero que en verdad infringe la legislación, pues busca burlarla o evadir sus efectos y generalmente supone perjuicios o defraudación a terceros.

“Por su parte, el postulado de primacía de la realidad sobre las formas constituye un principio constitucional, según el cual se debe privilegiar la realidad empírica y objetiva en la que se desarrolla el trabajo, sobre las formalidades pactadas por los actores. Este mandato supralegal es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

transversal en el derecho laboral, por tanto resulta útil no solo para establecer si existió una relación subordinada, sino también a la hora de esclarecer qué emolumentos son constitutivos de salario, determinar el verdadero empleador en relaciones tripartitas o multipartitas, la continuidad y los extremos temporales del vínculo e incluso dismantelar situaciones de simple interposición, entre otros.

“En tratándose de vinculaciones defraudatorias o de intermediación laboral ilegal, a través de EST, ambos principios convergen en privilegiar la realidad sobre las situaciones aparentes y, lejos de ser antagónicos, funcionan de manera armónica y complementaria.

“En efecto, el principio de la primacía de la realidad, según se explicó, no se limita a una especie de conflicto y mucho menos se puede pregonar su impertinencia en el sub iudice, donde se hace necesario revelar el carácter transitorio o permanente de los servicios prestados a una empresa usuaria. Desde luego que en supuestos de interposición ilegal de EST no es técnicamente correcto aludir al «contrato realidad», debido a que no se discute como tal la naturaleza laboral de la vinculación, como bien lo pone de relieve el recurrente. Sin embargo, ello no impide aplicar, desde otra vertiente, este principio para descifrar si las actividades misionales desarrolladas por el trabajador son temporales, según el listado taxativo del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o, por el contrario, permanentes, en cuyo caso la empresa usuaria debe vincular de manera directa a su propio personal.

“Fue por ello que el Tribunal, en aras de dilucidar esta cuestión, se apoyó válidamente en el principio de primacía de la realidad sobre las formas para develar la naturaleza del servicio prestado [...], especialmente en lo que hace al carácter de la necesidad contratada y su duración. Con ello, su estudio no se limitó a las estipulaciones contractuales, sino que las confrontó con la realidad de su ejecución, lo que le permitió colegir que el actor desempeñó actividades permanentes en favor de la usuaria y no transitorias. Es decir, se instrumentalizó el servicio a cargo de las empresas de servicios temporales para ocultar relaciones laborales continuas y por esa vía reducir costos laborales.

“En paralelo, también se comete fraude a la ley en estos casos de intermediación ilegal, cuando formalmente se contratan servicios temporales con EST pero, en la práctica, se desarrollan actividades misionales permanentes, contrariando la finalidad de esta institución, cual es la de satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero.

“En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.

“En la sentencia CSJ SL467-2019 la Corte se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las EST, así:

“Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:

“[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

“Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

“Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

“Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

“En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria».

“Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios”.

“Como no se discute que el FNA no demostró un incremento en los servicios que presta en los términos del numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y aún si los hubiese acreditado, de todas formas superó el término de 6 meses prorrogable por otros 6, el Tribunal no erró al calificar los servicios contratados como continuos de la empresa usuaria. No sobra agregar que el juzgador válidamente podía catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo:

“(1) Cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente no puede acudirse al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria.

“(2) Cuando a pesar de que obedece a una situación extraordinaria (p.e. incremento en los servicios), satisfacerlo demanda un tiempo superior a 1 año, en cuyo caso, para el legislador, la necesidad equivale a su permanencia. Es decir, después del periodo máximo previsto en la ley se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

considera que la necesidad empresarial, debido a su duración, deja de ser ocasional y pasa a considerarse permanente.

“En línea con lo anterior, y como en este caso el requerimiento del FNA no podía ser contratado a través de una EST, tampoco erró el Tribunal al considerar defraudatoria esta negociación y reputarlo como verdadero empleador y a la EST como solidariamente responsable.”

Así las cosas, debe señalar que al plenario no se aportó el contrato que suscribieran COLVATEL S.A. E.S.P. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. E.S.T. – EN LIQUIDACIÓN, no obstante, la empresa usuaria al operar la *litis contestatio* señaló:

“COLVATEL S.A. E.S.P. es una empresa que se dedica al sector de las Tecnologías de la Información -TIC’s- motivo por el cual en razón al desarrollo de sus labores y a las necesidades de sus clientes presenta picos de producción que generan la necesidad de solicitar personal en misión, a empresas de servicios temporales, con el fin de cubrir determinadas épocas o temporadas de operación, que requieren de este personal”

“Por lo anterior, en junio de 2014, COLVATEL S.A. E.S.P. suscribió el contrato comercial SGC-078-14 para el suministro de trabajadores en misión con la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. hoy en liquidación”

“[...]

“Debido a que el señor JUAN MELZAR CARO ROJAS presentó afectaciones en su salud, como empresa usuaria se vio en la obligación de mantener el puesto de trabajo [...]”.

En ese orden de ideas, la accionada adujo que la contratación con la E.S.T. obedeció a un pico de producción, y que la extralimitación en el período legalmente permitido, obedeció a garantizar la estabilidad laboral dadas las condiciones de salud del actor.

Siendo este último punto, resalta la Sala, el censurado en el recurso de alzada, al señalarse que el término de un año se extralimitó, refiriendo además que la actividad contratada es del giro normal de la empresa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Respecto a lo atinente a que la labor sea del objeto social, basta con señalar que no se encuentra prohibida la contratación mediante E.S.T. para ejecutar labores de dicha naturaleza, por cuanto, se reitera, es factible siempre y cuando se trate de actividades temporales. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió que *“Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, **en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado**. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que **solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios”***.

En ese orden de ideas, el hecho que las actividades puedan ser del giro habitual de la usuaria, no permite establecer *per se* que se acudió de manera defraudatoria o una intermediación laboral ilegal, sin que además en la declaración del Representante Legal de la sociedad COLVATEL S.A. E.S.P., practicada en los términos del artículo 195 del C.G.P., se haya consignado que se tratara de una actividad permanente, ello en tanto solo se consignó que antiguamente existía el cargo de auxiliar de cobre, que en Bogotá no se presta servicios de redes en cobre y únicamente se requiere tal actividad en Villavicencio hasta septiembre de 2021, lugar distinto en donde fuera contratado el actor.

En lo atinente a la extralimitación temporal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4639-2020, Radicación No. 72196 del 25 de noviembre de 2020, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Básicamente, el ad quem tuvo por indemostrado que los contratos celebrados entre la Empresa de Servicios Temporales y los demandantes hubieran dejado de serlo, para pasar a ser una relación de trabajo entre la sociedad demandada y los promotores del litigio. Dio por acreditado que la extensión del vínculo durante más de 2 años, obedeció a la necesidad que se suscitó en razón a la estabilidad laboral reforzada por razón de las enfermedades que aquejaron a los actores durante la ejecución de los contratos de trabajo. De allí, concluyó que la compañía usuaria, jamás fungió como empleadora de los demandantes, en tanto la superación del plazo máximo de un año de duración del vínculo, no podía surtir el efecto previsto en la norma legal, decantado por la jurisprudencia.

“Es decir, el Tribunal tuvo claro que la consecuencia de extender la duración de un contrato de trabajo como el que celebraron los accionantes con la empresa de servicios temporales, es que dejaban de ser trabajadores en misión y pasaban a ser subordinados a término indefinido de la empresa usuaria.

“Sin embargo, los recurrentes se empeñan en afirmar que el juzgador no consideró que el desbordamiento del límite máximo de duración del contrato en misión, generaba que el vínculo trasmutara a plazo incierto, pero nada reflexionan en contra del argumento toral de la decisión confutada, consistente en que no se podía desencadenar el efecto previsto en la ley, porque la permanencia de los trabajadores en sus puestos de trabajo tuvo venero en la imposibilidad de ponerles fin, dada la situación de salud generadora de la estabilidad laboral reforzada.

“[...]

“La Sala debe dilucidar si el Tribunal se equivocó en la interpretación del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en tanto asumió que si bien, los contratos entre los demandantes y la EST Gente en Acción, superaron el plazo máximo legal permitido, no perdieron su naturaleza, ni mutaron a término indefinido con la usuaria Mansarovar Energy Colombia Ltd.

“A juicio de la Corte, es evidente que la solución impartida por el juzgador de alzada, lejos estuvo de ser desacertada. Si bien la norma impone que los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas por 6 meses, prorrogables hasta por otros 6, no menos cierto es que la presencia de circunstancias no previstas en el precepto legal, demanda del operador de justicia la adopción de una solución que acompase con la teleología del precepto legal considerado como parte del ordenamiento jurídico, que no aislado de los principios y valores que lo informan.

“Para la Sala, está claro que la superación del término máximo previsto en la norma antes referida, obedeció a que la empresa de servicios temporales garantizó el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los demandantes por la discapacidad que presentaban, que imposibilitó la prestación personal del servicio, por manera que como bien reflexionó el ad quem «paradójicamente encuentra la Sala, que los trabajadores están demandando a la demandada, precisamente porque se les brindó la protección constitucional que tenían a partir del artículo 26 (...).».

[...]

“Sobre el particular, la Corte en sentencia CSJ SL6107-2014 discurrió:

“Ahora bien, sin desconocer que entre el tercero y quinto contrato no hubo solución de continuidad y que el cargo que aparece en los mismos es igual «OPERARIO», la verdad es que resulta evidente que no se dio la prestación personal del servicio por parte del demandante, pues la suscripción de tales contratos, obedeció única y exclusivamente al hecho de que la empresa de servicios temporales buscó proteger al máximo a su trabajador en virtud de la garantía de estabilidad laboral reforzada por enfermedad, poderosamente protegida por la Constitución y la Ley, tanto así que mantuvo vigente la relación laboral, aunque con la suscripción de varios contratos, actuar este que en momento alguno puede, tabula rasa, considerarse violatorio del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 como lo quiere hacer ver la censura.

“Fue bajo el anterior contexto que el Tribunal consideró que, en este particular caso, no podía arribarse a la conclusión que la empresa usuaria GASEOSAS COLOMBIANAS S.A., pasara a ser considerada como la verdadera empleadora y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA LTDA como una mera intermediaria y así lo dijo expresamente:

Así las cosas, de la revisión de los medios de convicción, se acredita que la contratación con el accionante durante el periodo permitido legalmente, correspondería del 30 de octubre de 2014 al 30 de octubre de 2015, allegándose al plenario la historia clínica del actor, la cual da cuenta que para el 6 de octubre de 2015 se emitió una incapacidad médica por espacio de 30 días en atención a las patologías de hernia discal y radiculopatía S1 izquierda, ordenándose terapias físicas durante 20 sesiones (Fl. 51), incapacidad que incluso se prorrogó entre el 23 de noviembre de 2015 y el 23 de diciembre de 2015 (Fl. 53) emitiéndose recomendaciones laborales el 17 de marzo de 2016 (Fl. 61) por lo cual, le asistió razón al *a-quo* al estimar que la prolongación del contrato obedeció a garantizar la posible estabilidad laboral, lo cual no puede redundar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en contra de la parte accionada, quien actuó bajo la conciencia de garantizar los derechos mínimos del accionante, sin que de dicha situación sea factible extraer una prolongación ilegal de la contratación con la E.S.T., tal como se concluyó en el precedente jurisprudencial antes expuesto.

Así las cosas, se concluye que en el presente evento se desvirtuó que la accionada COLVATEL S.A. E.S.T. haya fungido como verdadero empleador de la parte demandante.

b. De la estabilidad laboral reforzada:

Frente a la estabilidad laboral reforzada, debe recordar la Sala que la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL1360-2018, con Radicación No. 53394 de 11 de abril de 2018, refirió que el artículo 61 del C.S.T., establece las diferentes formas de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, la garantía consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, solo opera para los casos de despido por el empleador por razones de discapacidad, así:

“En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

“Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

“Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva”.

Ahora bien, en las pretensiones diecinueve, veinte y veintiuna de la demanda, se deprecia que se declare ineficaz el despido o la terminación unilateral del contrato de trabajo y *“se condene a la empresa COLVATEL S.A. E.S.P. a reintegrar al señor JUAN MELZAR CARO ROJAS a su lugar de trabajo y funciones”* y en el evento que el actor no pueda desempeñar las mismas funciones *“se condene a la empresa COLVATEL S.A. E.S.P. [...] a que se reinstale en un lugar de trabajo que cumpla con las recomendaciones médicas hechas por la EPS”.*

Así las cosas, la estabilidad laboral reforzada se predicó únicamente y exclusivamente frente a COLVATEL S.A. E.S.P., quien, como se consideró en precedencia, no fungió como empleadora del accionante, lo cual no permite que goce de prosperidad tal pretensión.

Aunado a lo anterior, aduce el recurrente que resulta contradictorio que se haya tenido en cuenta el estado de salud a efectos de extralimitar el período de contratación establecido en la Ley 50 de 1990, más no para garantizar la estabilidad laboral reforzada. No obstante, las dos situaciones difieren en tanto una vez excluida la existencia del contrato de trabajo con la sociedad COLVATEL S.A. E.S.P., no es factible predicar que dicha entidad desconoció la garantía consagrada en la Ley 361 de 1997.

De otra parte, el acta de acreencias laborales del Grupo de resolución de Conflictos y conciliaciones del Ministerio del Trabajo (Fl. 67), si bien señala en uno de sus acápites que *“este despacho no autoriza la terminación del Contrato por lo manifestado por la extrabajadora (sic) en razón a encontrarse con una aparente estabilidad laboral reforzada”*, lo cierto es que tal documental data del 18 de enero de 2017, esto es, con posterioridad a la terminación del contrato de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trabajo establecida en el 16 de diciembre de 2016, lo cual no fue objeto de apelación, y además, refirió que *“le informa que debe acudir ante la Justicia laboral ordinaria en procura de sus derechos presuntamente vulnerados”*, por lo cual no le asiste razón al apelante al referir que dicho ente ministerial decidió no autorizar la terminación del contrato de trabajo, por cuanto dispuso de manera concreta que se debía acudir al juez natural para ventilar los derechos esgrimidos por el actor.

Finalmente, aduce el recurrente que COLVATEL S.A. E.S.P. no cumplió con el deber de cuidado de exigir el acatamiento de las normas laborales a la E.S.T., no obstante, dicha apreciación subjetiva en manera alguna le traslada la carga patronal de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES E.S.T. – EN LIQUIDACIÓN, máxime que se suscribió una póliza que cubrió las acreencias laborales adeudadas, lo cual se certificó por CONFIANZA (Fl. 224-228), pago que fue considerado por el *a-quo* y no fue recurrida tal consideración.

Así las cosas, la decisión de primer grado se confirmará en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 27 2019 00684 01
Demandante: LOLA GARZÓN PELÁEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada JENNIFER XIMENA LUGO ROJAS, identificada con C.C. 36.311.956 y T.P. 283.299 del C.S. de la Judicatura, en los fines y términos del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, se estudiará el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LOLA GARZÓN PELÁEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que sea condenada a reconocer y pagar los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el periodo comprendido entre el 27 de enero de enero de 2011 y el mes de marzo de 2019, que argumenta no le fueron reconocidos mediante la Resolución SUB 32336 del 5 de febrero de 2019.

Asimismo, se le condene a la encartada al pago de las sumas adeudadas de manera actualizada y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 20 de agosto de 1951, al igual que su empleador ALFONSO BEJARANO ALFONSO solicitó el 19 de marzo de 2013 el cálculo actuarial de los aportes dejados de cancelar por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2001 y el 31 de mayo de 2006, empleador que de manera previa había elevado solicitud en igual sentido ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 19 de julio de 2012 y ante COLPENSIONES 26 de noviembre de 2012, sin que las mismas hubiesen sido contestadas.

Seguidamente, relató que COLPENSIONES emitió el recibo de pago del cálculo actuarial el 3 de mayo de 2013 por la suma de \$17.168.885, pago que fue efectuado el 27 de junio de esa misma anualidad, lo que conllevó a que el 13 de septiembre de 2013 solicitara la actualización de su historia laboral en atención a que la cancelación del cálculo actuarial ascendía a 115 semanas, pero la encartada guardó silencio a su petición.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que elevó nuevamente derecho de petición el 26 de noviembre de 2013, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, petición que reiteró el 27 de enero de 2014, por lo que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 60298 del 26 de febrero de 2014 decidió reconocer pensión de vejez a partir del 1º de marzo de 2014 en cuantía inicial de \$1.546.322.

Expuso que, frente al mentado Acto administrativo, el 18 de marzo de 2014 interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, a lo cual la entidad a través de Resolución GNR 324884 del 18 de septiembre de 2014, dispuso negar el reconocimiento del retroactivo pensional.

Luego relató que después de insistir con el pago del retroactivo pensional, COLPENSIONES mediante Resoluciones SUB 101622 del 16 de junio de 2017 y SUB 279559 del 5 de diciembre de 2017 lo negó, junto con la reliquidación pensional.

Por último, indicó que la última cotización efectuada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones fue para el mes de octubre de 2007, por lo que el 9 de septiembre de 2019 nuevamente insistió en el pago del retroactivo pensional junto con los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que COLPENSIONES en Resolución SUB 32336 del 5 de febrero de 2019 le reconoció el retroactivo a partir del 27 de enero de 2011, negando los intereses moratorios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que resulta improcedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues de conformidad con el Decreto 758 de 1990, el afiliado podrá entrar a disfrutar la pensión previa desafiliación del sistema y,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

según se desprende de la historia laboral de la demandante, para la data en que solicitó el reconocimiento pensional no contaba con la novedad de retiro, de ahí la prestación reconocida se hizo ajustada a derecho.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de cusa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de febrero de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada mesada pensional debida desde el 24 de octubre de 2016 hasta el 28 de febrero de 2019, negando las demás pretensiones formuladas por la actora, al igual que condenó en costas a la entidad.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* manifestó que, quedó plenamente consignado que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 60298 del 26 de febrero de 2014 reconoció pensión de vejez a la aquí demandante a partir del 1º de enero de 2014 y, que con ocasión de las múltiples solicitudes formuladas por la actora, mediante Resolución SUB 32336 del 5 de febrero de 2019 le fue reconocido el retroactivo pensional causado desde el 27 de enero de 2011 hasta el 28 de febrero de 2014 por la suma de \$57.210.799, valor que fuese pagado el 28 de mayo de 2019.

De otro lado, argumentó que como da cuenta la Resolución SUB 32336 del 5 de febrero de 2019, la demandante solicitó el derecho al retroactivo pensional el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

27 de enero de 2014; circunstancia por la cual, COLPENSIONES solo pudo incurrir en mora en el pago del mismo cuatro meses después que fuese solicitado dicho derecho conforme lo dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de ahí que el plazo máximo con que contaba la encartada para el reconocimiento del derecho abarcaba hasta el 27 de mayo de 2014, por lo que hay lugar al pago de los intereses moratorios deprecados.

Que no obstante, la demandada formuló la excepción de prescripción, por lo que de conformidad con lo establecido en los artículos 141 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., la prescripción se interrumpió el 24 de octubre de 2019 con la presentación de la demanda, aspecto que conlleva a que exista prescripción de los intereses moratorios causados hasta el 23 de octubre de 2016, reconociéndose los causados desde el 24 de octubre de 2016 hasta el 28 de febrero de 2019 teniendo en cuenta la certificación de pago allegada por COLPENSIONES.

Por último, estimó que si bien es cierto se solicitó la indexación por las sumas que se condenó, dispuso que tal pretensión no goza de prosperidad en tanto, de llegarse a ordenar ese pago existiría una doble cancelación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Sostuvo en su alzada que, no es procedente el pago de los intereses moratorios toda vez que se ha dado cabal cumplimiento a la ley, basándose siempre en el principio de buena fe, tan es así, que para el reconocimiento de la pensión de vejez de debe analizar el tema de la desafiliación del sistema, aspecto que no se llevó a cabo por el último empleador de la demandante, de ahí que el derecho pensional se reconociera para el año 2014 una vez revisado en forma minuciosa el caso de la aquí demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que los intereses moratorios solamente gozan de prosperidad cuando la administradora pensional se sustrae al pago del derecho pensional o de algún retroactivo sin que medie una causa justa, aspecto que no se configuró dentro del presente asunto ya que no era factible reconocer el derecho sin la previa desafiliación, máxime si el retroactivo pensional cuando se reconoció, previamente se hizo un asunto detallado del caso en concreto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si es procedente el reconocimiento y pago a favor de la demandante de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En caso de prosperar dicho derecho, deberá determinarse si los periodos ordenadas por la falladora de instancia como condena, esto es, los comprendidos entre el 24 de octubre de 2016 y el 28 de febrero de 2019 son acordes de reconocimiento atendiendo la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES y el grado de consulta en que se estudia el proceso a favor de esta.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que como se determinó por la operadora de instancia, no fue objeto de discusión que a la demandante señora LOLA GARZÓN PELÁEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

le fue reconocida pensión de vejez por parte de COLPENSIONES mediante Resolución GNR 60298 del 26 de febrero de 2014, en los términos del Decreto 758 de 1990 y a partir del 1º de marzo de 2014, en cuantía inicial de \$1.546.322 (Cuaderno 01 PDF – EXP 2019-684 – Fls. 29 a 31).

Tampoco el hecho que, luego que la actora presentara los recursos de ley respecto de la referida Resolución GNR 60298 del 26 de febrero de 2014 a efectos de solicitar el retroactivo pensional, la encartada a través de la Resolución GNR 324884 del 18 de septiembre de 2014 negó lo respectivo, confirmando en su integridad el acto administrativo primigenio, negativa que se mantuvo en diferentes actos administrativos posteriores tales como las Resoluciones SUB 101622 del 16 de junio de 2017 y SUB 279559 del 5 de diciembre de 2017 (Cuaderno 01 PDF – EXP 2019-684 – Fls. 33 a 35 y 38 a 42, 45 a 47 y 49 a 54).

Mucho menos, el aspecto que mediante Resolución SUB 32336 del 5 de febrero de 2019 la entidad le reconoció un retroactivo pensional respecto de su pensión de vejez, por el periodo comprendido entre el 27 de enero de 2011 y el 28 de febrero de 2014 en la suma de \$57.210.799 (Cuaderno 01 PDF – EXP 2019-684 – Fls. 69 a 75).

Puestas así las cosas, vale la pena advertir que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 regula:

“ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.*

Así las cosas, en tratándose del pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

“El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

“A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

“Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

“En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

“Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020).”

En lo que respecta al pago de esta figura cuando se alega por aspectos de reliquidación o retroactivo pensional, el órgano de cierre también ha dejado asentada su procedencia siempre y cuando se configuren los supuestos doctrinarios expuestos en precedencia. Para mayor proveer, en Sentencia SL490-2022, Radicación No. 60884 del 22 de febrero de 2022 expuso:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Conforme a lo anterior, si bien es cierto se reconoce que se trata de dos conceptos diferentes, como quiera que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, corresponden a una sanción por mora, y la indexación a la actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional, se ha destacado que ordenar su pago de manera simultánea resulta incompatible, como en efecto lo adujo el fallador de segundo grado, de manera que no incurrió en el equívoco enrostrado cuando definió que frente al retroactivo pensional generado entre 1 de mayo de 2008 y 30 de julio de 2010, operaba solamente la indexación.

“No obstante, no ocurre lo mismo en lo que tiene que ver con la procedencia de los intereses moratorios pretendidos respecto de las diferencias surgidas de la reliquidación de la mesada pensional de la demandante, ya que tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los eventos de pago incompleto, se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva, como se precisó en la providencia CSJ SL3130-2020, referida recientemente en la sentencia CSJ SL4300-2021, en la que, al memorarse la CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892 se adoctrinó:

“En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión. Esto se dijo en la decisión:

“El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagró los intereses moratorios como una fórmula para dar respuesta al retardo en la solución de las mesadas pensionales, con el plausible designio de hacer justicia a un sector de la población que se ofrece vulnerable y que encuentra en la pensión, en la generalidad de los casos, su única fuente de ingresos.

“Acusan los intereses moratorios un claro y franco carácter de resarcimiento económico frente a la tardanza en el pago de las pensiones, orientados a impedir que éstas devengan en irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios.

“No cabe duda de que el retardo o mora se erige en el único supuesto fáctico que desencadena los intereses moratorios. Ello significa que estos se causan desde el momento mismo en que ha ocurrido la tardanza en el cubrimiento de las pensiones.

“En esas condiciones, si los intereses moratorios tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva.

“Para la Corte, en este punto, no es admisible sostener que el pensionado únicamente sufre un daño económico cuando no recibe suma alguna por concepto de mesada pensional, pues, teniendo en cuenta que la pensión es un derecho íntimamente relacionado con el mínimo vital, además de que su cuantía está fijada legalmente y tiene una relación de correspondencia con los aportes al sistema, todo pago imperfecto, insustancial o incompleto seguirá generando un deterioro cierto, que merece a todas luces una legítima compensación.

“Así las cosas, una interpretación teleológica de la norma impone reconocer que los intereses moratorios también proceden en los casos de pago parcial o incompleto de la pensión, pues en este caso el pensionado también sufre un injusto perjuicio, que merece reparación objetiva.

“5. Finalmente, para la Corte una interpretación como la que se viene sosteniendo puede generar efectos inconvenientes para el derecho fundamental al mínimo vital de los pensionados, pues puede propiciar que, con la mera discusión de la cuantía del derecho o a partir de pagos simplemente parciales o insustanciales, las entidades administradoras de pensiones se liberen de sus responsabilidades, lo que resulta abiertamente contrario a las finalidades constitucionales de nuestro sistema de pensiones.

“Así lo había previsto en algún momento esta corporación cuando, en la sentencia CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512, señaló que:

“[...] el legislador previó el pago de intereses moratorios en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción alguna en relación con la clase, fuente u otras calidades de la pensión, siendo irrelevante que el derecho en cuestión hubiese sido controvertido por la parte obligada a su pago. Aceptar lo contrario podría hacer nugatorio el derecho del pensionado a ser resarcido por la mora en el pago de su derecho pensional, pues bastaría que el obligado a su reconocimiento simplemente discuta el derecho en cuestión para que quede eximido de los intereses moratorios.

“En ese sentido, para la Corte es preciso subrayar que la obligación constitucional y legal de las entidades administradoras de pensiones no es solo la de pagar de manera oportuna las pensiones de sus afiliados, sino también y fundamentalmente la de pagarlas de manera íntegra, cabal y completa, pues, de lo contrario, se harán merecedoras de la imposición de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

[...]

“En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

“En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago.»

“De la jurisprudencia reproducida parcialmente, en la que la Corte rectificó y precisó su criterio en torno a la procedencia de los intereses moratorios pretendidos respecto de la reliquidación ordenada en el trámite del presente proceso, emerge el yerro jurídico en que incurrió el juez de la alzada, de manera que el cargo prospera y en consecuencia se casará la decisión del Tribunal solo en este puntual aspecto”.

Así las cosas, como lo determinó la falladora de instancia, de entrada advierte la Sala que la decisión de primer habrá de confirmarse.

Nótese que en efecto la accionante solicitó su derecho pensional desde el 27 de enero de 2014, petición frente a la cual la encartada reconociera la prestación por vejez a través de la Resolución GNR 60298 del 26 de febrero de 2014.

A pesar de lo anterior, la entidad no reconoció el derecho al retroactivo pensional con la referida petición que se radicara el 27 de enero de 2014, sino que por el contrario, emitió diferentes actos administrativos en los que no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

procedió a reconocer dicho retroactivo, bajo el entendido que el último empleador de la actora había sido el señor BEJARANO OSORIO ALFONSO, sin que el mismo hubiera realizado la desafiliación del sistema de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, reflejándose de su historia laboral que su última cotización fue para el mes de octubre de 2007.

Por tal razón, se tiene entonces que en efecto se configuró un indebido actuar por parte de COLPENSIONES para el reconocimiento y pago del derecho pensional, pues si bien la motiva para la negativa del retroactivo fue el hecho que el empleador no reportó la novedad de retiro del sistema de la actora como trabajadora dependiente, lo cierto es que tan solo en la Resolución SUB 32336 del 5 de febrero de 2019 se argumentó que dicho empleador sí había regulado la novedad, tópico por el que resulta incongruente que hubiese transcurrido más de cinco años para que la encartada accediera a lo pretendido por la actora sin justificación alguna, y que a su vez conlleva a la aplicabilidad de los intereses dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que respecta al periodo frente al cual debe prosperar dicha pretensión, como lo determinó la *a-quo*, la petición del derecho pensional fue elevada por la demandante el 27 de enero de 2014 como da cuenta la Resolución GNR 60298 del 26 de febrero de 2014, por lo que atendiendo los cuatro meses con que cuenta la entidad según lo dispuesto en la norma para resolver el derecho pensional, clara es la procedencia de los intereses moratorios a partir del 27 de mayo de 2014.

Sin embargo, como quiera que la demanda fue instaurada el 24 de octubre de octubre de 2019, de conformidad con los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., claro es que operó de manera parcial la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, toda vez que atendiendo el término trienal, prescribió el pago de intereses moratorios sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 de octubre de 2016; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

integridad, ya que el pago del retroactivo pensional lo efectuó la encartada en el mes de marzo de 2019, de ahí que los intereses moratorios prosperen para pago por el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 2016 y el 28 de febrero de 2019.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 16 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 050 31 2020 00 0167 01
Demandante: MARLENE SÁNCHEZ VEGA
Demandado: COLPENSIONES. PORVENIR y PROTECCIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y las demandadas en contra de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora MARLENE SANCHEZ VEGA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como la realizada al interior de dicho régimen, puesto que la firma del formulario de afiliación estuvo precedida de una inducción al error por falta de información.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene la reactivación de su afiliación en COLPENSIONES, además de la devolución por parte de PORVENIR S.A. de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros.

Adicionalmente peticionó que se tenga en cuenta que desde el 20 de octubre de 2017 cumple con los requisitos para pensionarse según el artículo 33 de la ley 100 de 1993 y que se ordene a COLPENSIONES reconocer su pensión de vejez, así como el retroactivo pensional, indexación de las mesadas causadas y no pagadas, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Sostiene como fundamento de sus pretensiones que nació el 20 de octubre de 1960; que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por medio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde 1978 hasta el mes de octubre de 1995, completando un total de 256 semanas; que en la fecha anterior se trasladó al RAIS por medio de ING hoy PROTECCIÓN S.A. y posteriormente en agosto de 2002 a PORVENIR S.A. donde permanece actualmente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a las circunstancias en las que se dio el traslado a ING menciona que los asesores le informaron que podría pensionarse anticipadamente y con una cuantía más alta en su mesada; que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se reformaría y aumentarían los requisitos para pensionarse, además de reducir la tasa de reemplazo; omitieron realizarle una proyección pensional, mencionarle sobre los aportes voluntarios para completar el capital mínimo para acceder a una pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la cuantía del capital mínimo, y que debido a su situación particular tenía una expectativa legítima de pensionarse en condiciones más favorables. En el mismo sentido expresa que en la afiliación con PORVENIR S.A. se omitió suministrarle información clara y precisa sobre las características del régimen. En general que en su permanencia ninguna de las administradoras a las que estuvo afiliada desplegaron acciones para informarla como asesorías o consultorías para conocer la realidad de su situación pensional.

En tal sentido, considera que debido a la falta de información proporcionada por la AFP se le causó un perjuicio, ya que según la proyección realizada con PORVENIR S.A. su mesada sería de \$877.803; mientras que en COLPENSIONES ascendería a \$1'367.300. De la misma manera que cumple los requisitos para la pensión de vejez desde octubre de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones solicitadas en la demanda, pues considera que no cumple con los requisitos para trasladarse según la sentencia SU-130 de 2013, no es beneficiaria del régimen de transición, no prueba ninguna causal de nulidad de las afiliaciones con PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., máxime cuando no demuestra el error como vicio del consentimiento en su caso particular, por lo cual los actos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurídicos mencionados son válidos y están ajustados a las normas para su efecto, por lo que no procede el retorno automático a COLPENSIONES y consecuentemente no es dable reconocerle el derecho a la pensión de vejez, retroactivo pensional, indexación e intereses moratorios.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. presentó oposición a las peticiones consignadas en la demanda, argumentando que la demandante está inmersa en la prohibición legal para trasladarse; la afiliación realizada con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. fue libre y voluntaria como lo demuestra el formulario de afiliación, así como no fue inducida al error, ya que fue asesorada de manera clara, precisa, veraz y suficiente por su parte; que no cumple con los requisitos para pensionarse; no procede la devolución de los gastos de administración y rendimientos pues se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y al no existir fundamento fáctico o jurídico para otorgar las pretensiones no se condene en costas.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

A su turno PROTECCIÓN S.A. presentó oposición a lo peticionado en la demanda, argumentando que no hubo una expresión de vicio del consentimiento de la demandante en la afiliación realizada al momento del traslado, no se omitió el deber de información y se le brindó toda la información técnica y adecuada para que su vinculación fuese libre y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

voluntaria como lo expresa la firma del formulario de afiliación, además que tal documento es un contrato existente válido entre la AFP y la demandante por lo que la ineficacia o nulidad del traslado y su retorno a COLPENSIONES no debe prosperar, con ello, la pretensión de reconocimiento de pensión de vejez y sus derivados.

Formuló los medios exceptivos de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica y traslado de la totalidad d los aportes a PORVENIR S.A.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021, declaró la nulidad del traslado de la demandante efectuado con ING hoy PROTECCIÓN S.A., ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver a PORVENIR S.A. los gastos de administración y seguros descontados por los aportes realizados y a su vez que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES las anteriores sumas descritas, además de la totalidad de los aportes recibidos de la demandante junto con los rendimientos y frutos civiles, sin descontar por gastos de administración, seguros, entre otros. En el mismo sentido se condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como si nunca se hubiese trasladado, absolvió de las demás pretensiones y condenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN al pago de costas y agencias en derecho por el valor de medio SMLMV.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como sustento de la decisión señaló que el artículo 48 Superior y los preceptos jurisprudenciales constitucionales, elevan la seguridad social como un derecho fundamental; seguidamente expresa que la Ley 100 de 1993 organiza el sistema pensional dando una bifurcación entre regímenes.

Menciona que los imperativos legales para determinar si es válida o no la afiliación en el momento que se dio el traslado, son la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal b), el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11 y el Decreto 720 de 1994 artículo 12; los cuales consagran que debe manifestarse por escrito al empleador la elección del régimen pensional, esta debe ser libre y voluntaria y se debe proporcionar a los usuarios la debida información; tales condiciones según el formulario aportado aparentemente se acreditan, sin embargo dado lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se debe analizar el caso bajo la concepción del cumplimiento del deber de información que tienen las AFP desde su creación, el cual no puede acreditarse solamente con tal documental.

Asimismo, de lo sentado sobre la carga de la prueba, cuando se manifiesta por el demandante que no recibió la información se trata de un supuesto negativo que materialmente no puede ser demostrado por quien lo alega, en ese sentido, reconoce que como medios de prueba obran las documentales aportadas, el testimonio y el interrogatorio de parte practicado a la demandante, último en el que asevera que fue obligada por el sindicato para afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no obstante, tal declaración carece de sustento probatorio. Seguidamente indicó que la interrogada manifestó que no se le dio la información necesaria al momento del traslado, por lo que, así no coincidan los hechos de la demanda y lo rendido en el interrogatorio, y por ende no se puede extraer una confesión de haber recibido la información debida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Con respecto a la solicitud de reconocimiento pensional menciona que no procede al no estar acreditado el retiro del sistema y seguir aportando al sistema pensional, así ostente los requisitos para acceder a la pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló puntualmente en lo referido a la condena en costas al considerar que debería incluirse a COLPENSIONES, pues también fue una parte vencida en el proceso y según el artículo 365 del C.G.P. debe ser condenada a pagar tales rubros.

PROTECCIÓN S.A. recurrió el fallo de primera instancia, expresamente en lo referido a la devolución de los gastos de administración, en el entendido que se generaron rendimientos y lo descontado se causan en los dos regímenes pensionales, por ende, la orden causa un detrimento injustificado en el patrimonio de la AFP, máxime que actuó de buena fe.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, señalando que se le dio a la demandante toda la información suficiente para el traslado; asimismo que no se valoró que el consentimiento informado está soportado en la suscripción del formulario de afiliación, pues ahí se evidencia la declaración de haber sido asesorada sin presiones; lo cual no es una declaración vacía en el documento sino un requerimiento legal materializado.

Que la accionante siempre tuvo el derecho al retracto, pero no hizo uso de este, así como que con la decisión se vulnera el principio de la voluntad privada de la libertad y el poder de la persona de disponer de sus derechos.

Refiere además que se debe revocar la condena a devolver los gastos de administración, ya que estos están reconocidos en ambos regímenes y no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

forman parte integral de la pensión, sino que son propiedad de la AFP como contraprestación a la administración de la cuenta de ahorro individual y por ello están sujetos a la prescripción. También que esta condena genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y de mantenerse se debería ordenar a la demandante a restituir los frutos financieros de su cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES presentó inconformidad al considerar que no es dable disponer el retorno de régimen pensional, por cuanto de las declaraciones realizadas por la accionante no se dilucidan vicios del consentimiento en su traslado, pues incurrió en sendas contradicciones aunado a ello que se debe tener en cuenta el traslado horizontal, lo cual es una manifestación de querer pertenecer en el RAIS, como se concluyó en la sentencia SL-213 de 2018.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual la señora MARLENE SÁNCHEZ VEGA realiza el traslado de régimen a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha del 18 de octubre del 1995 (Fl. 25 del documento digital 008. CONTESTACION PROTECCION 11001310503120200016700), y el efectuado con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. con fecha de 29 de julio de 2002 (Fl. 80 del documento digital 012. contestación porvenir); si bien en los referidos formularios se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado a la demandante se puede extraer que la afiliación realizada en DAVIVIR se efectuó cuando laboraba en el Hospital Emiro Quintero Cañizares, relatando que el presidente de la seccional de Ocaña del sindicato Asociación Sindical de Trabajadores y servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Complementarios de Colombia (ANTHOC), en una reunión corta de aproximadamente 15 minutos y en compañía de dos asesores de la AFP le comentó que debía trasladarse de régimen, puesto que era una mejor opción al ofrecerle pensionarse a edad más temprana y con una mejor mesada pensional. Que fue coaccionada por el jefe de sindicato al manifestar que si no se afiliaba voluntariamente él lo haría de todas formas.

Expresó de igual manera, que recibía sus extractos por parte de los fondos privados, sin embargo para intentar entenderlo no podía recurrir físicamente a las oficinas porque no existían en Ocaña (Santander), su lugar de residencia, y no podía trasladarse a una ciudad cercana por su horario laboral; que nunca recibió información sobre rendimientos financieros, la posibilidad que sus beneficiarios heredaran sus aportes o los requisitos necesarios para poder pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sino hasta cuando pudo averiguar su situación pensional en el año 2016 en la ciudad de Tunja.

De la declaración rendida por la jefe de personal del Hospital donde laboraba la demandante al momento del traslado, señora ELIDA ROSA SEPULVEDA, se recoge que conocía a la demandante porque al ser jefe de recursos humanos en 1995 debía mediar en las contrataciones; que no influyó en la vinculación de la accionante a DAVIVIR, pues era una decisión personal de los empleados; además que desconoce que el sindicato ANTHOC en ese momento coaccionara a las personas pertenecientes a vincularse con administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin embargo al mostrarle su firma como representante del empleador que consta en el formulario de afiliación con DAVIVIR, manifiesta no tener conocimiento de esa afiliación.

De las pruebas aportadas se puede concluir que, si bien la señora ELIDA SEPULVEDA afirmó que ella no había coaccionado a la demandante para firmar el formulario y no tener conocimiento de si la organización sindical presionaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a sus integrantes, lo cierto es que no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. que se le haya proporcionado una información clara, completa y veraz a la demandante para efectuar su afiliación a DAVIVIR, máxime si se tiene en cuenta que se manifestó en el interrogatorio de parte que habían dos asesores pero ninguno de ellos medió para informar sobre las características de los regímenes pensionales o los riesgos y efectos de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo cual no es dable estimar que se haya verificado una confesión por pasiva, ni las contradicciones con la demanda redundan en favor de la pasiva en cuanto a su carga probatoria.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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 1º 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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los



asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes 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 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al demandante para el año 1995, una *“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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Sobre los actos de relacionamiento, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha trazado un sólido criterio plasmado entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 manifestando lo siguiente:

“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”

Por lo anterior, no es dable predicar que los traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sean una manifestación de convalidación que implica tener la decisión por debidamente informada. De otra parte, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:

“Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora MARLENE SÁNCHEZ VEGA.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“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”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa, situación que también se predica de los gastos de administración.

Se deja de presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado mas no la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

nulidad, por lo que, atendiendo los postulados jurisprudenciales ya referenciados, la decisión de primer grado se modificará parcialmente en este puntual aspecto.

Finalmente, respecto de la alzada de la parte demandante se debe señalar que el artículo 365 del C.G.P. establece de manera objetiva que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, motivo por el cual no se ajusta a derecho la exclusión de una de las demandadas resultando estas vencidas, por lo cual se adicionará al numeral quinto la inclusión de COLPENSIONES en la condena en costas. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar ineficaz la afiliación efectuada por la demandante MARLENE SANCHEZ VEGA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al tenor de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: ADICIONAR, al numeral quinto de la sentencia de primera instancia el incluir a COLPENSIONES en la condena en costas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



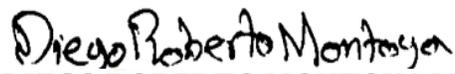
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

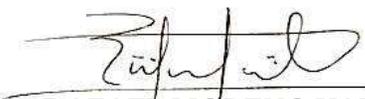
TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 050 32 2021 00 029 01
Demandante: LUIS ENRIQUE CUADRADO FONSECA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas en contra de la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ENRIQUE CUADRADO FONSECA formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., fundamentada esta pretensión en la falta de información que precedió su afiliación.



Como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado de todos los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como bonos pensionales, rendimientos y cotizaciones a COLPENSIONES, así como esta última a tenerlo como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

Subsidiariamente solicita que se tenga como válida la afiliación realizada el 25 de noviembre de 1999 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues al momento de su vinculación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., no habían transcurrido los 3 años que demanda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; consecuentemente se ordene el traslado de todos los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como bonos pensionales, rendimientos y cotizaciones a COLPENSIONES así como esta última a tenerlo como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Adujo el actor que nació el 14 de junio de 1962, por lo que arribaría a la edad de pensión el mismo día y mes del año 2024; que se vinculó con el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 25 de noviembre de 1999, data para la que trabajaba con la sociedad HOLGUÍN Y CÍA. SERVICIOS TEMPORALES LTDA.; posteriormente se trasladó a HORIZONTE el 15 de junio de 2000.

Seguidamente enuncia que el asesor de la AFP HORIZONTE omitió informarle sobre las características de cada régimen pensional y hacer un estudio de su situación particular, pues solamente le informaron sobre las ventajas de trasladarse. Tiempo después se le realizó una proyección pensional por parte de PORVENIR S.A., dando como resultado una mesada de \$828.116, asimismo se le realizó una proyección por parte de COLPENSIONES arrojando una



mesada de \$3'226.098, ante esta situación resalta que esta última es ostensiblemente superior.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones, al considerar que el traslado de régimen pensional se dio de conformidad con las normas vigentes y tener causa lícita al ser esta en materia pensional; que la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ha sido de manera voluntaria y el demandante se encuentra en la prohibición legal para trasladarse, y por lo tanto está válidamente afiliado a la AFP accionada; asimismo que de declararse la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional se conceda la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual.

Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, imposibilidad de la declaración de nulidad de traslado a pensionados, 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 de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones exponiendo que la afiliación realizada en el año 2000 fue producto de una decisión libre e informada, pues los asesores de la AFP le brindaron toda la información necesaria para tal efecto, tal como lo evidencia el formulario de afiliación. Que nunca presentó inconformidad alguna en sus más de 20 años de estar afiliado y esa permanencia se ha dado de manera voluntaria. Por último, que no es dable



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

declarar la ineficacia pues no se presentan conductas que atenten contra el derecho de afiliación y estas tampoco son alegadas por el demandante.

De la misma manera refirió que frente a la solicitud de devolver los gastos de administración expresó que en ambos regímenes opera el 3% destinado a ese rubro y de concederse se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, pues estos emolumentos no están destinados a financiar la pensión.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de enero de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante efectuado con PORVENIR S.A. el 15 de julio de 2000, ordenó trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados en la AFP mientras estuvo afiliado, incluyendo lo descontado por gastos de administración y rendimientos financieros; asimismo ordenó a la administradora de pensiones pública a recibir sin solución de continuidad y en las mismas condiciones existente antes de su traslado. Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a esa conclusión, el Juez argumenta que según los postulados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, a las AFP les corresponde acreditar el haber cumplido con su deber legal de información contentivo de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, asimismo que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar cuál era la información que se le brindó al momento del traslado, pues ha sostenido que solamente da cuenta de un consentimiento libre y voluntario, mas no informado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Teniendo en cuenta lo anterior y realizando un recuento de las pruebas aportadas, encuentra que no se acredita el deber de información por parte de la AFP pues solamente como documento idóneo para tal efecto obra el formulario de afiliación, asimismo del interrogatorio de parte a la representante legal de PORVENIR S.A. no se recoge la información brindada en el momento del traslado y por último del interrogatorio de parte al demandante no existe ninguna confesión de haber sido asesorado con la información necesaria.

Por ende, el *a-quo* considera que al no tener por probado por parte de PORVENIR S.A. el cumplimiento del deber de información, el traslado de régimen pensional resulta ineficaz atendiendo a la pretensión principal consignada en la demanda, pues en la historia laboral del demandante aportada por PORVENIR S.A. y el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES dan cuenta que la afiliación inicial fue en el mes de mayo de 1993 y no como se consignaba en los hechos de la demanda de ser el 25 de noviembre de 1999.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. recurre la decisión de primer grado atendiendo a que el demandante ratificó su intención de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante el pago de los aportes, además conocía que se estaba afiliando a un fondo privado totalmente diferente al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y no presentó reclamo alguno de la vinculación.

Argumenta también que con la decisión se afectan principios como la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema, pues se encuentra en la prohibición legal para trasladarse; que la demanda está motivada solamente por la cuantía de su mesada pensional y finaliza exponiendo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PORVENIR S.A. siempre actuó en acatamiento de sus obligaciones legales como lo es también la administración de los aportes del accionante, sin que el demandante haya cumplido con sus obligaciones como consumidor financiero.

Por otro lado, manifiesta que, de mantener la decisión de primer grado en cuanto a la ineficacia, se revoque lo concerniente a los gastos de administración, puesto que estos son descontados legalmente por la administración de la cuenta de ahorro individual y no hay precepto legal que indique la devolución consecuencia de la ineficacia, además son obligaciones de tracto sucesivo las cuales podrían afectar a terceros de buena fe. Por último referente a este punto solicita se aplique la prescripción al no financiar la pensión del demandante.

COLPENSIONES presentó inconformidad con el fallo proferido basándose en la trasgresión al principio de la relatividad jurídica, dado que al no participar en el acto del traslado no puede ser afectada o beneficiada por la decisión; seguidamente expresa que al ser un tercero de buena fe en el acto celebrado entre el demandante y PORVENIR S.A., debe ser esta última quien tenga que asumir las consecuencias de haber faltado al deber de información, sin que tenga consecuencias para COLPENSIONES, entre ellas el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual afecta el principio de sostenibilidad financiera; por ello solicita que tenga como afiliado al demandante en PORVENIR SA y que su tratamiento sea como si estuviese afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, solucionándole una mesada pensional como si estuviese en tal régimen, ya que atendiendo a la teoría del daño del derecho civil en la cual quien causa el daño es quien debe repararlo, sería esta AFP quien tendría el deber legal de hacerlo. Por último de no conceder la solicitud anterior se condene a PORVENIR SA a pagar los perjuicios causados a COLPENSIONES con ocasión al retorno del demandante.

IV. CONSIDERACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario de afiliación, por medio del cual el señor LUIS ENRIQUE CUADRADO FONSECA realiza el traslado de régimen pensional a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., con fecha del 15 de junio de 2000 (Fl. 78 del documento digital 06ContestacionPorvenir); ahora, si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”

Ahora, en el interrogatorio practicado al demandante se puede extraer que la afiliación con PORVENIR S.A. ocurrió cuando trabajaba como cajero de banco, cuando a su lugar de trabajo arribaron asesores de HORIZONTE y mediante asesoría individual de una duración máxima de 20 minutos se realizó el traslado de régimen, con el argumento que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y que podría obtener la pensión a más temprana edad y con una mesada igual a la ofrecida por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se puede colegir entonces que no se acreditó que se haya brindado una información completa y veraz, dado que el accionante no confesó que se le hayan proporcionado las características de cada régimen pensional y los requisitos que necesitaría para acceder a la pensión.

Además, del interrogatorio practicado a la representante legal de PORVENIR S.A. no se extrae qué información se le brindó al demandante al momento de su traslado, en tanto solo manifestó que la única prueba que existe es el formulario de afiliación.

Reforzando lo anterior y como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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 1º 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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, 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 regímenes 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 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al demandante para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración recurrido por la apoderada de PORVENIR S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, aduce COLPENSIONES que debe ser la AFP que dispuso el traslado de régimen de manera indebida, quien sufrague la pensión del demandante como si estuviese en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; no obstante, la consecuencia jurídica de la ineficacia implica que el traslado no acaeció, por lo cual se mantiene sin solución de continuidad la afiliación ante COLPENSIONES, quien, por tal razón, es quien tiene a su cargo las prestaciones económicas que se deriven del sistema.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] 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.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“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.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la demandante 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.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“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”* motivo por el cual, el fenómeno prescriptivo no opera para la acción de ineficacia del traslado, lo cual también se predica de los gastos de administración, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que no es dable emitir pronunciamiento alguno frente a lo señalado por COLPENSIONES en el recurso, esto es, que se condene a PROVENIR S.A. a indemnizarla, en tanto las pretensiones de la demanda se dirigieron por el afiliado en relación con la ineficacia del traslado.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

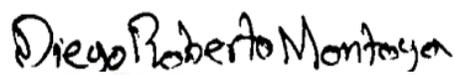
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 050 33 2020 00 213 01
Demandante: RAMON OTALVARO SOLANO
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas en contra de la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RAMON OTALVARO SOLANO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida AFP.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado de todos los aportes realizados en COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, así como esta última a tenerlo como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez y el retroactivo pensional, desglosar el informe del cálculo sobre el cual sería liquidada una pensión con garantía mínima, el pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de los valores reconocidos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo el accionante que nació el 31 de diciembre de 1959, y cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde 1977 hasta agosto de 1994, trasladándose a COLFONDOS S.A. en ese mismo año, cotizando en aquella administradora desde septiembre de 1994.

Seguidamente enuncia las múltiples omisiones y desatenciones al deber de información tanto por COLFONDOS S.A. como por COLPENSIONES, manifestado que no se le brindó la debida información, doble asesoría y buen consejo al momento de la afiliación, asimismo que no se le informó sobre la posibilidad de pensionarse en cada régimen, la proyección de la eventual devolución de saldos o indemnización ante la posibilidad de no poder cumplir los requisitos para pensionarse, la proyección del monto de su pensión en cada régimen y la información sobre los mecanismos de protección a la vejez.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias, pues considera que no existe prueba que acredite que al demandante se le haya inducido al error o viciado el consentimiento en su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslado; por el contrario, la suscripción del formulario de afiliación fue libre y voluntaria. Además, que no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 a efectos de trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional; que no le asiste el derecho a la pensión de vejez reclamada y con esto las pretensiones de intereses moratorios e indexación de valores solicitadas; finalmente, que COLPENSIONES no participó en el acto de traslado motivo de la demanda, por lo que no se le puede endilgar responsabilidad alguna.

Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C. Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. se opuso a todas las pretensiones, argumentado que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria por el demandante, así como que estuvo precedido de una información completa, contentiva de las características de ambos regímenes pensionales, sus ventajas, desventajas y la rentabilidad de los fondos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; refiere que el acto jurídico se efectuó conforme a la ley vigente, y no se le está vulnerando su derecho pensional al poder optar por una pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante efectuado con COLFONDOS S.A. el 9 de agosto de 1994, ordenó devolver por parte de la AFP los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración a COLPENSIONES, las cuales deben ser sufragadas de su propio patrimonio, además declaró reactivar la afiliación del accionante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Asimismo, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la demandada en costas y agencias en derecho a favor de la demandante.

Para arribar a esa conclusión, el Juez argumenta basado entre otras normas en la Ley 100 de 1993 en sus artículos 13, 71 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 y la Ley 720 de 1994 en su artículo 12, las cuales hacen referencia al consentimiento informado y los mecanismos de protección al derecho pensional; también según postulados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, los cuales dictan que se debe estudiar si para la época se le brindó al demandante la información suficiente y necesaria para generar el consentimiento informado.

En el mismo sentido expresa que del formulario de afiliación no es posible predicar que se le dio la información debida al demandante, además no obra en el expediente otro documento que dé cuenta de ello, resaltando que la carga probatoria es de quien está en mejor condición de probar el deber legal que le asiste, sin embargo, de los documentos aportados al plenario no se dilucida el cumplimiento de tal precepto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al analizar el interrogatorio de parte practicado al demandante, manifiesta que de este extraen las circunstancias fácticas del traslado, entre ellas el no tener claridad sobre sus aportes y la falta de conocimiento de las características de ambos regímenes pensionales, el desconocimiento de una cuenta de ahorro a su nombre, enfatizando que las condiciones en las que se dieron la asesoría no fueron las adecuadas. Por lo tanto, no se predica de estas pruebas el haber acreditado el deber de información que le asiste al no obtener una confesión del demandante en cuanto a la información suministrada.

Por todo lo anterior, el *a-quo* considera que al no tener por probado por parte de la AFP el cumplimiento del deber de información, el traslado de régimen pensional resulta ineficaz, con la consecuencial devolución aportes y demás emolumentos generados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante presentó recurso de apelación específicamente en lo referido a las costas, pues considera que COLPENSIONES también debe ser incluida en tal condena al ser una entidad que en su momento también tenía el deber de información para con el demandante.

COLFONDOS S.A. presentó inconformidad con el fallo de primera instancia puntualmente sobre la condena de costas y agencias en derecho impuesta en su contra y la devolución de los gastos de administración. Sobre lo primero argumenta que el proceso no tuvo larga duración, siempre actuó de buena fe y cumplió con su deber legal al ser notificado, por lo que no debería tener costas en contra. En cuanto a lo segundo manifiesta que la Ley 100 de 1993 estipula el descuento de los gastos de administración para ambos regímenes pensionales y con tal condena se le desconocen restituciones mutuas a COLFONDOS S.A., generando un enriquecimiento sin causa a favor del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante, máxime que en aquellos gastos de administración están incluidos los seguros previsionales que no están destinados a financiar la pensión y ya no hacen parte de las arcas de la AFP.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado en su totalidad, al considerar que con la decisión se afecta el principio de sostenibilidad financiera, puesto que si bien se ordenó el traslado de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual estos no son suficientes para cumplir con la eventual prestación que será reconocida; de igual manera, se desconoce la prohibición legal para trasladarse y no se tuvo en cuenta que la información que alega el demandante no haber recibido es de conocimiento público al estar contenida en la Ley 100 de 1993.

Finalmente solicita que no se le condene en costas, en el entendido que es un tercero de buena fe en el negocio celebrado entre el demandante y COLFONDOS S.A., y no debería tener tal consecuencia dentro del proceso, pues fue esta última quien recurrió al engaño y error para afiliar al accionante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario de afiliación, por medio del cual el señor RAMON OTALVARO SOLANO realiza el traslado de régimen pensional a la AFP COLFONDOS S.A. con fecha del 9 de agosto de 1994 (Fl. 22 del documento digital 14. CONTESTACION COLFONDOS); ahora, si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado al demandante se extrae que se trasladó de régimen pensional cuando trabajaba en la regional de TCC en la ciudad de Ibagué en el año 1994, arribando a su puesto de trabajo asesores de

COLFONDOS para ofrecerle afiliarse a tal AFP, con el argumento de quedar desprotegido por la eventual liquidación del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, siendo esta su principal motivo para trasladarse. Relató que la reunión duró 20 minutos y en ese mismo acto se diligenciaron los formularios de afiliación.

Se puede colegir entonces que no se acreditó que se haya brindado una información completa y veraz, máxime que el accionante no confesó conocer para la fecha del traslado las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales con ocasión de la información suministrada.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, 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 regímenes 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 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al demandante para el año 1994, una *“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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por COLFONDOS S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración objeto de recurso por parte de COLFONDOS S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“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»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:



“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] 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.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“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.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la demandante 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.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“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”.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa.

Finalmente, se debe señalar que el artículo 365 del C.G.P. establece de manera objetiva que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, motivo por el cual no se ajusta a derecho la exclusión de una de las demandadas resultando vencida, por lo cual se adicionará al numeral séptimo la inclusión de COLPENSIONES en la condena en costas y se mantendrá a COLFONDOS S.A. con dicha carga.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral séptimo de la sentencia de primera instancia el incluir a COLPENSIONES en la condena en costas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



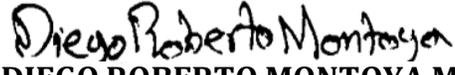
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 33 2020 00267 01
Demandante: HENRY ALFONSO RIVEROS PABON
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HENRY ALFONSO RIVEROS PABÓN, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. con la finalidad que se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado que se efectuó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. y posteriormente con PROTECCIÓN S.A.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de las cotizaciones junto con los



rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, y a su vez ordenarle recibir al actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, que se retrotraigan las cosas a su estado anterior.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Expone el demandante que se afilió al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en mayo de 1989; luego el 31 de julio de 1995, por conducto de la suscripción del formulario de afiliación No. 675976 se trasladó a COLFONDOS S.A., para lo cual los asesores comerciales de esta AFP promovieron su traslado expresándole que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, iba a mejorar la mesada pensional, sin brindarle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado, además de no explicarle las etapas del proceso. Posteriormente el actor se trasladó a PROTECCIÓN S.A., al suscribir el formulario de afiliación No. 6341358 del 1º de septiembre de 2004.

Con respecto a la expectativa de mesada pensional al momento en que el actor cumpla la edad para pensionarse, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida recibiría una mesada equivalente al 74% del IBL, es decir, \$4.658.751; mientras que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la modalidad de retiro programado, percibiría \$1.562.002, que equivale al 16% del salario actual.

Finamente, que agotó la reclamación administrativa mediante derecho de petición dirigido a COLPENSIONES de fecha de 21 de febrero de 2020, negando lo solicitado mediante oficio BZ2020_2571799-0524219 del 24 de febrero de 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que carecen de fundamento jurídico y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

asidero fáctico, por cuanto no se aportaron elementos probatorios que demuestren que al momento de la vinculación se haya incurrido en algún vicio del consentimiento, máxime que dicho formulario se firmó de manera libre y voluntaria. Además, que se le brindó una asesoría integral y completa, en la que se incluyeron las implicaciones del traslado, características, diferencias de los regímenes, ventajas y desventajas.

De igual forma expresa que no se puede trasladar lo peticionado, debido a que la cuenta de ahorro individual del actor esta inactiva y por ende su saldo es de cero pesos.

Formuló las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, enunciando que el actor se encuentra válidamente afiliado al no acreditarse ningún vicio del consentimiento; además que se garantizó el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, tal como está demostrado con la firma del formulario de afiliación.

Así mismo, alude que no es factible trasladar conceptos diferentes al dinero que se encuentra en su cuenta de ahorro individual más los rendimientos. Esto se debe a que, los gastos de administración están debidamente autorizados por la ley.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de casa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la innominada o genérica.

Finalmente, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, manifestando que no se aportan pruebas que demuestren un engaño para suscribir el formulario de traslado de régimen, que se haya incurrido en vicios del consentimiento o que durante el tiempo que estuvo afiliado a las AFP, haya emitido inconformidad alguna.

De otra parte, que no cumple con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual expresa que el afiliado no se puede trasladar de régimen cuando le falten diez o menos años para cumplir la edad para pensionarse.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, la descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social en orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, declaró la ineficacia de las afiliaciones del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., ordenando a las AFP trasladar la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

actor a COLPENSIONES, y que este acepte el traslado de los valores anteriormente expuestos así como la reactivación de la afiliación e integrar en su totalidad la historia laboral.

Como fundamento de la decisión señaló que ninguna de las AFP demostró el cumplimiento del deber de información, siendo que sobre aquellas recaía la carga probatoria; sin que el formulario de afiliación acredite tal aspecto, motivo por el cual resulta procedente acceder a la ineficacia del traslado con la consecuente devolución de los emolumentos que integran la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLFONDOS S.A., apeló la sentencia señalando que, de conformidad con la realidad fáctica, el actor se trasladó de manera libre y voluntaria mediante la suscripción del formulario de afiliación, en virtud de lo cual le fue administrada la cuenta de ahorro individual, generándose rendimientos que aumentaron el capital y que fueron trasladados en debida a forma a PROTECCION S.A., motivo por el cual no hay razón para disponer una ineficacia y el retorno a COLPENSIONES.

De otra parte, que no es dable devolver los gastos de administración, en tanto se encuentran consagrados en la legislación y se cubre además el seguro previsional y, por ende, fueron girados a terceros, implicando así la decisión un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación respecto de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, argumentando que la condena implica castigarla por la buena gestión de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, desconociendo así las restituciones mutuas, además de generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Ello teniendo en cuenta además que los gastos de administración y seguros previsionales están autorizados por el artículo 20 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la Ley 100 de 1993 y se solucionaron en la proporción respectiva a las aseguradoras; gastos que también se generan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y respecto de los cuales se predica la prescripción.

Finalmente, COLPENSIONES aduce que la carga de la prueba debe recaer en quien aduce la existencia de un vicio del consentimiento, lo cual ha sido determinado por sentencias del Tribunal Superior de Bogotá. Además, las consecuencias del traslado del régimen se encuentran expresamente consagradas en la Ley 100 de 1993, por lo que cualquier duda interpretativa de las normas constituye un error de derecho que no tiene alcance para viciar el consentimiento, según el artículo 1509 del Código civil, menos aun para el actor que realizó traslados sucesivos en diferentes AFP.

De igual forma que la condena en costas y en agencias en derecho, implica generar un detrimento patrimonial.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en favor del afiliado. Lo anterior,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 31 de julio de 1995 con COLFONDOS, formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no se colige que haya confesado estar debidamente informado, por el contrario, manifestó que en el año 1995, un asesor le brindó información insuficiente, debido a que solo le señaló algunos beneficios, como que se podía pensionar de manera anticipada y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*



Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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 1º 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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, 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 regímenes 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 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una *“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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por lo tanto, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., respecto de incluir la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca debió realizarse el traslado, no existe razón para que las AFP no realicen las devoluciones de los gastos de administración, cuotas de administración ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. Razón por la cual, no habría enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

De otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, pues tal consideración también resulta aplicable a los gastos de administración, cuya devolución se genera ante la ineficacia del traslado.

Finalmente, se debe señalar que el artículo 365 del C.G.P. establece de manera objetiva que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, motivo por el cual se ajusta a derecho la condena emitida en contra de COLPENSIONES. Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 35 2021 00177 01
Demandante: FABIO MIGUEL MOLINA TRIANA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMANDA LUCÍA ZAMUDIA VELA, identificada con C.C. 51.713.048 y T.P. 67612 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre del 2021.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor FABIO MIGUEL MOLINA TRIANA formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a fin de se declare que tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 y la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de lo anterior, pretende se condene a la entidad convocada a juicio a pagar de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la indexación de las sumas reconocidas, además de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el día 10 de enero de 1956 y que laboró para entidades del sector público y empresas del sector privado, efectuando cotizaciones al sistema de seguridad social ante el FONCEP, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES.

De otra parte, adujo que el 24 de febrero de 2011 elevó petición ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el objeto de que se le reconociera y pagara su pensión vitalicia de jubilación, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 5392 del 19 de octubre de 2011 en cuantía de \$2.174.738, a partir del 11 de enero de 2011, para lo cual solo se tuvo en cuenta el tiempo público de aportes al FONCEP y al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

Igualmente, sostuvo que efectuó aportes de forma interrumpida al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, a través de sus empleadores privados desde el 1º de octubre de 1973 hasta el 31 de enero de 2007, alcanzado un total de 771.71 semanas cotizadas en pensión. De modo tal, que el 15 de julio de 2014 radicó petición ante la encartada, solicitando la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indemnización sustitutiva, pedimento que fue denegado por la entidad mediante Resolución No. GNR 409694 de 25 de noviembre de 2014, por cuanto no contaba con la edad mínima requerida para adquirir dicha prestación.

De esta forma, el 15 de enero de 2018 solicitó nuevamente la indemnización sustitutiva, la cual fue negada a través de la Resolución SUB 25643 de 30 de enero de 2018, decisión ante la cual interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación el 15 de febrero de 2018, los que fueron desatados mediante Resoluciones SUB 116204 de 30 de abril de 2018 y DIR 9028 de 10 de mayo de 2018, que confirmaron la decisión recurrida; quedando así agotada la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Para tal efecto sostuvo que, la FIDUPREVISORA reconoció al promotor pensión de jubilación el 11 de enero de 2011, al ser la encargada de administrar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, por lo que se encuentra inmerso en la incompatibilidad prevista en el artículo 128 de la Constitución Política, la cual prohíbe recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, norma reglamentada por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que estableció ciertas excepciones, dentro de las cuales no se encuentra el del actor.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de noviembre del 2021 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión vejez en cuantía \$18.770.170,80, suma que deberá ser debidamente indexada y la condenó en costas.

Como sustento de su decisión, hizo mención al artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 4640 de 2005, que regula la indemnización sustitutiva; igualmente, señaló que al promotor de la litis le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a partir del 11 de enero del año 2011, mediante Resolución 5392 del 19 de octubre de 2011.

En esa medida, al constatar la compatibilidad de la prestación aquí solicitada con la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante por parte del Magisterio, trajo a colación la sentencia SL1646 del 27 de abril de 2021, SL4117 de 2020 en la que se citó las sentencias del 6 de diciembre 2011 con Radicado 40848 y la SL451 2013, y también mencionó la SL2649 de 2020, de las que extrajo que era claro que el demandante tuvo la calidad de docente en el sector oficial, según la Resolución 5392 de 2011 y los certificados de su historia laboral aportados con la demanda, por lo que a la luz del artículo 279 de la Ley 100 del 1993 está excluido del Sistema Integral de Seguridad Social por pertenecer por pertenecer a un régimen exceptuado, no obstante dicha calidad no le impedía efectuar cotizaciones con empleados del sector privado y con destino al extinto Seguro Social para acceder sin limitaciones a las prestaciones propias del régimen de prima media.

Así las cosas, la pensión vitalicia de jubilación que le fuera reconocida al actor y la indemnización sustitutiva que reclama son compatibles, conforme lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotando que la pensión a cargo del Magisterio no se financia con aportes o con los tiempos de servicios cotizados al Seguro Social, debido a que estos dineros revisten la característica de aportes parafiscales y no son recursos del tesoro público, de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ahí, que no se desconozca la prohibición contemplada en el artículo 128 de la Carta Política, ya que no se está percibiendo una doble asignación que provenga del tesoro público, más aún cuando el literal en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 señala que los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación ni a las entidades que lo administran.

De acuerdo con lo anterior, la indemnización que reclama el actor encuentra su génesis en cotizaciones efectuadas del 1° de octubre de 1973 al 31 de enero de 2007 con empleados del sector privado. Además, expuso que a pese a que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 señala que los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley, gozarían de las previsiones legales contenidas en la Ley 100 del 1993, lo cierto es, que para los docentes vinculados con anterioridad a su vigencia aplica las disposiciones vigentes para el Magisterio Nacional, situación en la que se encuentra el demandante desde el 24 de mayo de 1983.

De esa forma, señaló que el actor cumplió la edad de 62 años el 10 de enero del 2018 y contaba con 771.71 semanas cotizadas al régimen de prima media, es decir, un número de cotizaciones inferior a las exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 del 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, que determina un mínimo de 1300 semanas cotizadas. Adicionalmente, el demandante presentó ante la demanda una declaración de imposibilidad de continuar cotizando, encontrando así acreditados los requisitos exigidos por el artículo 37 de la norma en cita para acceder a la indemnización sustitutiva.

En otro giro, al analizar la excepción de prescripción, concluyó que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo se forma sucedánea la indemnización sustitutiva, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia, pues su privación conlleva a la violación al derecho a una vida digna, e igualmente se trata de un dinero que permite mitigar la desprotección en la vejez, posición contenida en sentencias SL4559 de 2019 y STL10369 de 2020, por ende, declaró no probado dicha

excepción.

Definido lo anterior, señaló que la forma de establecer el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es la regulada en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, igualmente expuso que el ponderado de los porcentajes de cotización tomados para la liquidación con fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 del 1993 equivalen al 4.5% desde el 1° de enero del 1967 hasta el 31 de octubre del año 1985 y del 6.5% a partir del 1° de noviembre de 1985, conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral en sentencia No. 16178 del 24 enero 2002, por lo que luego de efectuar los cálculos matemáticos estableció que la prestación a reconocer ascendía a \$18.770.170.80, aclarando que el salario base para liquidar se indexó al año 2018, y que ese valor debida ser indexada al momento de su pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandada presentó recurso de apelación en el que señala que no comparte el criterio adoptado en la sentencia de primer grado, por cuanto la interpretación dada por la Corte Constitucional en sentencias 574 del 28 de junio del 2011 y 262 de 2001, establecen que existe una incompatibilidad entre la pensión de jubilación concedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ al actor y la indemnización aquí deprecada, lo que se acompasa con el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y el artículo 17 de la Ley 549 del 1999, que establecen los parámetros para decidir si hay compatibilidad o incompatibilidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

En aras de establecer el problema jurídico, se tiene que el mismo gira en torno a determinar si el demandante tiene derecho a la indemnización sustitutiva por los tiempos privados cotizados para COLPENSIONES, y si esta resulta compatible con la pensión de jubilación que le fue concedida de parte del Fondo de Prestaciones del Magisterio.

c. De la indemnización sustitutiva:

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que a las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Normativa reglamentada por el Decreto 1730 de 2001 y el Decreto 4640 de 2005.

En efecto, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, consagra:

“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

A su turno, el Decreto 4640 del 2005 en su artículo 1º, dispone:

“Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994”

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1308-2021, Radicación No. 86426 del 12 de abril de 2021, señaló:

“Determinados esos elementos fácticos, se debe recordar que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el 2 del Decreto 1730 de 2001 contemplan la posibilidad de que quienes, habiendo cumplido la edad para obtener una pensión de vejez, no tengan las cotizaciones suficientes para esta, reciban una indemnización sustitutiva respecto de la totalidad de semanas cotizadas. En lo relativo a esta prestación, al tratar un tema similar, pero respecto de la pensión de sobrevivientes, en la decisión CSJ SL2214-2018, reiterada en la CSJ SL3564-2020, esta Corte hizo las siguientes consideraciones, que son aplicables al caso:

“El artículo 49 de la Ley 100 de 1993, consagra la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en favor de «los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes», en los términos del artículo 37 de la misma normativa, que prevé:

“Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez: Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por su parte, el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, dispone:

“[...] la cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

“Donde:

“SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

“SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

“PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

“En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

“A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

“[...]”

“Al liquidar el valor de la pensión o indemnización, la administradora dará aplicación al artículo 21, inciso 3º del artículo 36, y artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para lo cual utilizará la historia laboral y demás información que se tuvo en cuenta para la emisión del bono, sin exigir al afiliado nuevas certificaciones, salvo cuando se trate de reportar información que no reposa en la historia laboral.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, a efectos de establecer si se cumplen los presupuestos fácticos para acceder a la prestación, se tiene que de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, a partir del 1° de enero del 2014, los hombres podrán acceder a la pensión de vejez una vez cumplan los 62 años de edad y acrediten por lo menos 1300 semanas de cotización.

Así lo primero que se debe verificar para poder determinar si el demandante tiene derecho a la indemnización sustitutiva reclamada, esto es, si en efecto arribó a los 62 años y para dicha data no contaba con la densidad de semanas exigidas por el legislador, declarando la imposibilidad de continuar cotizando.

En torno al punto de la edad, se corrobora de la copia de la cédula de ciudadanía que reposa a folio 15 del archivo 01 del expediente, como la fecha de su natalicio corresponde al 10 de enero de 1956, de lo que se puede concluir que cuenta con la edad requerida para acceder a la pensión de vejez, pues los 62 años los cumplió el 10 de enero del 2018.

De otra parte, se observa que el promotor se encuentra inmerso en la causal prevista en el literal a) del artículo 1° del Decreto 4640 del 2005, por cuanto es patente que cuenta con 771.71 semanas cotizadas entre el 1° de octubre de 1973 al 31 de enero de 2007 en el régimen de prima media con prestación definida, según se corrobora del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES el 1° de julio de 2021, y además comunicó a la entidad demandada su imposibilidad de seguir cotizando al sistema general en pensiones, conforme se colige de los Formatos para Solicitud de Indemnización que yacen en los archivos 64 y 65 del del expediente administrativo.

Dimana de lo expuesto, que el demandante en efecto tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva reclamada, en cuantía igual a \$13.580.333, acorde lo descrito en el artículo 3° del Decreto 1730 del 2001, lo que se puede verificar en la siguiente liquidación:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Cálculo Toda La Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1973	92	0,160	96,920	605,750	\$ 733,70	\$ 444.436,00	\$ 1.362.937,00	
1974	274	0,190	96,920	510,105	\$ 1.175,91	\$ 599.839,00	\$ 5.478.530,00	
1975	229	0,250	96,920	387,680	\$ 1.520,96	\$ 589.646,00	\$ 4.500.964,00	
1977	51	0,360	96,920	269,222	\$ 2.082,35	\$ 560.616,00	\$ 953.047,00	
1978	303	0,470	96,920	206,213	\$ 2.646,53	\$ 545.749,00	\$ 5.512.065,00	
1980	304	0,720	96,920	134,611	\$ 4.351,97	\$ 585.824,00	\$ 5.936.350,00	
1981	107	0,900	96,920	107,689	\$ 10.631,78	\$ 1.144.924,00	\$ 4.083.562,00	
1982	303	1,140	96,920	85,018	\$ 14.465,35	\$ 1.229.808,00	\$ 12.421.061,00	
1984	280	1,650	96,920	58,739	\$ 22.950,00	\$ 1.348.069,00	\$ 12.581.977,00	
1985	297	1,950	96,920	49,703	\$ 25.787,88	\$ 1.281.724,00	\$ 12.689.068,00	
1986	259	2,380	96,920	40,723	\$ 18.545,56	\$ 755.225,00	\$ 6.520.109,00	
1987	334	2,880	96,920	33,653	\$ 39.100,86	\$ 1.315.853,00	\$ 14.649.830,00	
1988	290	3,580	96,920	27,073	\$ 40.665,52	\$ 1.100.922,00	\$ 10.642.246,00	
1989	276	4,580	96,920	21,162	\$ 44.608,70	\$ 943.990,00	\$ 8.684.708,00	
1991	256	7,650	96,920	12,669	\$ 74.102,34	\$ 938.823,00	\$ 8.011.290,00	
1992	282	9,700	96,920	9,992	\$ 175.847,87	\$ 1.757.028,00	\$ 16.516.063,00	
1995	30	18,250	96,920	5,311	\$ 139.000,00	\$ 738.185,00	\$ 738.185,00	
1996	240	21,800	96,920	4,446	\$ 357.801,50	\$ 1.590.740,00	\$ 12.725.920,00	
1997	280	26,520	96,920	3,655	\$ 434.088,00	\$ 1.586.418,00	\$ 14.806.568,00	
1998	276	31,210	96,920	3,105	\$ 538.818,26	\$ 1.673.254,00	\$ 15.393.937,00	
1999	340	36,420	96,920	2,661	\$ 650.644,32	\$ 1.731.479,00	\$ 19.623.429,00	
2000	150	39,790	96,920	2,436	\$ 260.106,00	\$ 633.563,00	\$ 3.167.815,00	
2004	120	53,070	96,920	1,826	\$ 700.000,00	\$ 1.278.387,00	\$ 5.113.548,00	
2007	28	61,330	96,920	1,580	\$ 434.000,00	\$ 685.852,00	\$ 640.129,00	
Total días	5401	Total devengado actualizado a				2018	\$ 202.753.338	
Semanas Cotizadas S.C.	771,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 262.779,74	
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					6,698%	
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a					2018	\$ 13.580.333,00
Tabla Liquidación								
		Indemnización sustitutiva				\$ 13.580.333		
		Total				\$ 13.580.333		

En esa medida, habrá de modificarse el valor reconocido por el *a quo*, como quiera que si bien mencionó que para efectuar la respectiva liquidación tomaría como porcentaje para las cotizaciones efectuadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 el 4.5%, lo cierto es, que a las cotizaciones que realizó el promotor con anterioridad al año 1985 tomó como porcentajes el 6,75%, el 9% y el 11.25%, como se avizora de la liquidación que obra en archivo No. 16 del expediente digital, lo que efectivamente conllevó a obtener una suma superior a la que realmente corresponde por indemnización sustitutiva, rubro que deberá ser indexado como lo ordenó el fallador de primer grado al momento de su pago.

d. Compatibilidad:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, falta por determinar si la indemnización sustitutiva pretendida de cara a los aportes realizados a COLPENSIONES resulta incompatible con la pensión vitalicia de jubilación concedida mediante Resolución No 5392 del 19 de octubre del 2011 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, aclarada mediante Resolución 5499 de 4 de noviembre de 2011 que obran en el archivo 01 del expediente.

Sobre el punto de disidencia, es menester de la Sala recordar que de antaño la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha tenido la oportunidad de precisar que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, es un mero administrador de las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, por tanto, dichos recursos no hacen parte del Tesoro Público, así mediante providencia del 27 de enero de 1995 radicado No. 7109, indicó:

“La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse.

“Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende -se repite- a preservar la moral en el servicio público.

“El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público (hoy Empresa Industrial y Comercial del Estado, artículo 1 D.L. 2148 de 1992). El I.S.S. fue creado por la ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada ley, se adoptó un sistema de financiación Tripartita; trabajadores, empleadores y Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un "aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación" (Literal e ibidem). Posteriormente se dictó el decreto ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: "De los aportes de patronos y trabajadores. En los seguros de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento.

"[...]"

"Puede decirse, entonces, que el I.S.S. se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores, con el compromiso de manejarlos; y por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que este otorgue provinieron del Tesoro Público.

"El Consejo de Estado, en fallo del 24 de marzo de 1983 expuso sobre el particular: "...Lo anterior exonera a la Sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de Seguros Sociales, que aunque últimamente configurado por establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció ante la peregrina tesis de que la mora en el pago extingue la obligación legal. Y no sólo los fondos son de derecho privado sino que los beneficiarios por lo menos en principio son trabajadores particulares."

*"Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-examine, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, **pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.**" (Resaltado fuera de texto)*

Criterio por demás asentado en un caso similar al presente, respecto de una docente que gozaba de una pensión del sector público y pretendía acceder a la devolución de saldos, incluyendo un bono pensional generado por aportes efectuados por tiempos cotizados en el sector privado y cotizados en su momento al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, tal como ocurre en el *sub-*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

examine, tal como se expone en la sentencia SL 451- 2013, Radicación 41001 del 17 de julio de 2013, en la cual se indicó:

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

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

“Así las cosas, el Tribunal no entendió de manera errónea las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, cuando ordenó que dentro la devolución de saldos, debía incluirse el valor del bono pensional.

“En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

“En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

“En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

*“[...] El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, **hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público**, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, **dado que son realizados por empleadores y trabajadores**, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adoctrinó:*

*“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, **ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir**, de la misma manera, que **se sufragan con dineros del tesoro**, por las siguientes razones:*

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”. En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

*“Como conclusión, **no existía incompatibilidad** alguna entre la **pensión de jubilación oficial** reconocida a la demandante y la **pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social**, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos. (Resalta fuera de texto)*

Aunado a lo anterior, no se puede pasar por alto que así el demandante labore como docente en el sector público, tal situación no le eximia de la obligación forzada de realizar aportes al Sistema General de Pensiones durante los interregnos en los cuales laborara en el sector privado, a *contrario sensu*, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha enfatizado en tal obligación, desde vieja data, por ello ya en la sentencia con Radicación 28164 del 19 de junio de 2008, indicó:

“La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un Colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran esa excepción. (Folio 202).

“Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo nacional de Prestaciones del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora. La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables. Y la alegación consistente en que el establecimiento educativo no tiene carácter de empresa tampoco es atendible, como que “empresa”, según se hallaba definida por el Código Sustantivo del Trabajo para la época de los hechos, es toda unidad de explotación económica, condición que sin duda reúne la entidad demandada al ejercer una actividad educativa con fines de lucro.”

Luego, siendo obligación del libelista realizar aportes a seguridad social en pensiones, por los periodos laborados en el sector privado, mal podrían desconocerse los mismos y los derechos que de estos emergen como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como lo es la indemnización sustitutiva hoy pretendida, por cuanto esta no terminaría financiando con los mismos recursos que confluyeron para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por el periodo laborado para la Secretaría de Educación del Distrito, de ahí, que no sean de recibo las consideraciones expuestas por la pasiva en su alzada sobre el particular.

e. De La Excepción de Prescripción:

Respecto a la excepción de prescripción propuesta por la encartada, debe indicar la Sala que tal medio exceptivo no goza de prosperidad toda vez que el órgano de cierre de esta especialidad ha acogido la tesis de imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva, así se memoró en sentencia SL5299-2021, Radicación No. 83305 de 24 de noviembre de 2021, en la que se trajo a colación lo expuesto por la alta Corporación en sentencia CSJ SL4559-2019, así:

“En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

[...]

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009. (Subraya la Sala).

Colorario de lo anterior, se modificará la decisión del fallador de instancia en lo atinente al valor a reconocer por concepto de indemnización sustitutiva; en lo demás habrá de confirmarse la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia. Se confirman las de primera instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 30 de noviembre del 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de determinar que el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez debe ser reconocida en cuantía de \$13.580.333,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

debidamente indexada a la fecha de pago, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDA: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 30 de noviembre del 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En consecuencia, se condene a la sociedad ADMINISTRACIÓN DE TRANSPORTE ADMIPÚBLICO S.A.S. al pago de salarios, prima de servicios, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses de las cesantías, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, trabajo suplementario nocturno, dominical y festivo, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, el reembolso del cobro irregular e indebido de dinero en efectivo al trabajador por siniestros ocurrido a los vehículos, intereses moratorios, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, \$200.000 e intereses moratorios causados correspondientes al depósito pagado desde el inicio del contrato de vinculación.

Se declare además solidariamente responsable a la sociedad TAXCOLOMBIA S.A.S., que ha fungido como empresa afiladora de los taxis que administra ADMIPÚBLICO S.A.S., así como a la sociedad INVERTAXI S.A.S., quien ha fungido como coadministradora de los taxis entregados al demandante.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que celebró con la sociedad ADMIPÚBLICO S.A.S., se celebró por escrito un contrato denominado "*de arrendamiento de vehículo*" con fecha 25 de mayo de 2010, el cual se encuentra vigente; que la labor desarrollada fue la de conducir vehículos de servicio público tipo taxi, que ADMIPÚBLICO S.A.S. administra a nombre de terceros propietarios de los vehículos; que como remuneración se pactó la suma de \$2'000.000 mensuales.

Relata que ha prestado el servicio de manera personal conduciendo los vehículos de servicio público tipo taxi identificados con placas VED-954, VEB-827, TGW-250, WCN-311, WMK 717, WNS-856, WHS-502, WPP-416, ESK-928, bajo las órdenes y subordinación de la accionada, debiendo realizar el mantenimiento del vehículo en la forma y en el taller que se le indique, entregar en cada cambio de turno el vehículo con el tanque del combustible lleno, pagar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

un lucro cesante por los días en que el vehículo permanezca inmovilizado, solucionar los daños mecánicos y externos ocasionados al vehículo que a juicio de la accionada sean ocasionados por culpa del conductor, entre otras.

Refiere que se le impuso el turno de trabajo en horas de la noche, a partir de las 18:00 p.m. hasta las 6:00 a.m.; que además fue sometido a un régimen disciplinario.

Que devenga en promedio diario la suma de \$45.000, que representan la suma de \$1.305.000 mensuales, por lo cual no se le solucionan en su integridad el monto pactado de \$2.000.000;

Que la accionada ha realizado cobros irregulares por siniestros ocurridos a los vehículos y solicitó a la firma del contrato un depósito de dinero en efectivo por valor de \$200.000; finalmente, que la accionada y las sociedades llamadas en solidaridad, deben a las prestaciones sociales y demás acreencias laborales reclamadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad ADMIPUBLICO S.A.S. contestó la demanda señalando que entre las partes media un contrato de arrendamiento de vehículo, suscrito el 25 de mayo de 2010, en virtud del cual el accionante conduce vehículos tipo taxi de manera independiente y autónoma, devengando ingresos variables, por cuanto dependen de la explotación que haga del taxi, para lo cual soluciona un canon de arrendamiento.

Que no es cierto que INVERTAXI S.A.S. sea una coadministradora de ADMIPUBLICO S.A.S; relata que se pactó que el actor asumiría los siniestros causados por culpa imputable al arrendatario; de igual manera, que presenta cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social por conducto de SETESA S.A.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Por su parte las sociedades INVERTAXI S.A.S. y OPERADOR TAXCOLOMBIA S.A.S. COMPAÑÍA COLOMBIANA DE SERVICIOS DE VALOR AGREGADO Y TELEMPATICOS S.A. E.S.P. COLVATEL S.A. E.S.P., contestaron la demanda señalando no constarle los hechos de la demanda, en tanto se refieren a una presunta relación laboral con otra persona jurídica.

Propusieron las excepciones de mérito de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción e inexistencia de solidaridad.

En auto del 3 de noviembre de 2020, el *a-quo* dispuso vincular en calidad de litisconsorte necesarios a OLGA HAIDY AGUIRRE CORTES, WILLIAM JORGE ARIAS HERNÁNDEZ, ANA CRISTINA VILLEGAS PRADO, YOLANDA CECILIA AMAYA RODRÍGUEZ, CARLOS ARTURO OÑATE ERAZO, EDGARD ALAYON CASTRO y a la sociedad INVERSIONES MALUC S.A.S., en calidad de propietarios de los vehículos automotores.

Así OLGA HAIDY AGUIRRE CORTES y WILLIAM JORGE ARIAS HERNÁNDEZ refirieron que el vehículo de placas WMK717 fue retirado del servicio por pérdida total el 27 de febrero de 2019, suscribiendo un contrato de asociación con la sociedad INVERTAXI S.A.S.; de igual manera las señoras ANA CRISTINA VILLEGAS PRADO y YOLANDA CECILIA AMAYA, refirieron que respecto de los taxis de placas WPP416 y ESK928, respectivamente, suscribió contrato de asociación con la sociedad INVERTAXI S.A.S., situación que también fue aducida por la sociedad INVERSIONES MALUC S.A.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propusieron las excepciones de mérito que denominaron falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, mala fe del demandante e inexistencia de vínculo o relación jurídica entre ADMINPUBLICO S.A.S. e INVERTAXI S.A.S.

Por su parte los señores CARLOS ARTURO OÑATE ERAZO y EDGARD ALAYON CASTRO, refirieron que respecto de los taxis de placas WNS856 y TGW250, suscribieron contrato de asociación con ADMINPUBLICO S.A.S., desconociendo la existencia de la relación laboral alegada.

Propusieron las excepciones de mérito que denominaron falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin justa causa, buena fe y mala fe del demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de octubre de 2021, declaró que entre el señor JOSÉ GABRIEL GUACHETA MIRANDA y la sociedad ADMINISTRACIÓN DE TRANSPORTE ADMIPÚBLICO S.A.S., existe un contrato de trabajo a término indefinido entre el periodo comprendido entre el 25 de mayo de 2010 hasta la actualidad; en consecuencia, condenó a la accionada al pago indexado de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, el cálculo actuarial correspondiente entre el periodo comprendido del 25 de mayo de 2010 hasta la ejecutoria de la sentencia, respecto del pago de aportes pensionales, además de afiliar y cotizar para el Sistema Integral de Seguridad Social, mientras



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

subsista el contrato y la suma de \$200.000 por concepto de depósito a título de arrendamiento.

Declaró además parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al año de 2016., con excepción del auxilio de cesantías, vacaciones y los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, absolviéndola de las restantes pretensiones y absolviendo de todas las pretensiones a las demás sociedades accionadas y personas vinculadas.

Para arribar a dicha conclusión indicó que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 15 de 1959, los conductores de transporte urbano a efectos de prestar los servicios, deben estar vinculados laboralmente a una empresa de transporte, siendo solidariamente responsables los propietarios de los vehículos, y si bien el artículo 16 del Decreto 1703 del año 2002 determinó en cabeza del conductor la obligación de cotizar al Sistema Integral de Seguridad Social, dicha situación no desdibuja la obligación patronal.

Refiere que se acreditó la prestación personal del servicio, la cual además no fue desconocida por la accionada; de otra parte que en el contrato de arrendamiento alegado por pasiva, no se especifica el vehículo objeto del negocio jurídico, pese a que en el plenario se manifestó la conducción de por lo menos diez vehículos tipo taxi con diferente identificación de placa, sin que además se haya desvirtuado la presunción de la subordinación, por el contrario, se acreditó que se impusieron condiciones propias de un contrato de trabajo.

De igual manera, señaló que se debe tomar el salario mínimo, ello ante la incertidumbre del monto devengado, sin que sea factible tener en cuenta la certificación por \$2'000.000, pues la misma resulta contra fáctica frente a la afirmación que se hace en la demanda del valor devengado por el demandante, por lo cual se fija en ese valor, teniendo el cumplimiento de la jornada máxima legal en el cumplimiento de su labor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Definido entonces lo anterior, estimó que respecto de las sociedades accionadas y personas vinculadas, no se acreditó el vínculo contractual con ADMIPUBLICO S.A.S., máxime que si bien los señores CARLOS ARTURO OÑATE ERAZO Y EDGARD ALAYON CASTRO si suscribieron contratos asociativos, no obstante no se tiene certeza de la prestación de los servicios de la parte demandante en períodos específicos con los vehículos de su propiedad a fin de establecer la responsabilidad solidaria.

Consideró que se acreditó el recargo nocturno, el cual tuvo en cuenta para efectos de liquidar las condenas, absolviendo de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, al estimar que se actuó bajo la convicción de la inexistencia del contrato de trabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Para tal efecto señala que debe prosperar la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, toda vez que el contrato de arrendamiento de vehículos se utilizó de manera deliberada para ocultar la verdadera relación laboral, lo cual se corrobora en las certificaciones al utilizar el término contrato de usufructo.

De otra parte, que la Ley 336 de 1996, en su artículo 36, impone la responsabilidad solidaria de los propietarios de los equipos automotores objeto del contrato de conducción, lo cual se encuentra consagrado además en la Ley 15 de 1959; en ese orden de ideas, la sociedad TAXCOLOMBIA S.A.S. es realmente la empresa de transporte, lo cual se acredita con los tarjetones que expidió dicha sociedad; de igual manera INVERTAXI S.A.S. es responsable al intervenir en la operación logística, haciéndole mantenimiento a los vehículos.

Finalmente, que se deben liquidar las condenas con una jornada laboral de 12 horas diarias, ello en tanto los testigos refirieron recogían al actor a las 5:00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

p.m. y le entregaban el taxi, hora desde la cual se intuye que salía a trabajar y al finalizar el turno a las 5:00 a.m. retornaba el vehículo.

Por su parte la sociedad ADMIPUBLICO S.A.S. sustentó la alzada en que se desvirtuó la presunción del artículo 24 del C.S.T., ello en tanto las pruebas documentales en manera alguna dan cuenta de la subordinación, sin que los parámetros expedidos para cumplir la labor sean extraños al contrato de arrendamiento, en tanto se debe proteger el patrimonio del propietario del vehículo, así como de la empresa, la seguridad del conductor y de los usuarios, máxime que los testigos se refirieron a las situaciones particulares de sus contratos con las empresas sin que les conste la situación particular del demandante, dando que en las relaciones comerciales entre los conductores de taxi y las empresas, se presentan determinaciones propias de un contrato civil, en este caso un contrato de arrendamiento, sin que los testigos, reitera, se hayan referido a situaciones de subordinación, máxime que no compartieron espacio ni tiempo para establecer que la empresa haya dado órdenes o impuesto llamados de atención o le haya puesto reglamentos, muy importante tener en cuenta esto destacando que además en una de las pruebas que el juez le da mérito para definir la figura de la primacía de la realidad.

De otra parte, que el hecho que el actor haya solicitado vacaciones y permisos, en ningún momento fue acreditada su concesión, siendo un medio de convicción proveniente del mismo demandante. Señala además que la autonomía se desprende del interrogatorio de parte del actor, en tanto confesó que no recibía órdenes, que él mismo se determinaba el horario y los turnos, y que incluso podía prestar o no el servicio.

Argumenta además que el accionante prestaba el servicio en varios vehículos, lo cual no es indicativo de subordinación, sino *a contrario sensu* que el cumplimiento del contrato de arrendamiento fue interrumpido, en tanto el cambio de vehículo obedecía a que el accionante por voluntad propia lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entregaba y la accionada debía adoptar las determinaciones para continuar con su explotación, para posteriormente entregarle otro vehículo al accionante.

Señala que el accionante aseveró en la demanda que devengaba mensualmente la suma de \$1'305.000, por lo cual, al haberse acogido en la sentencia el salario mínimo, se debe acoger el valor excedente como pago de lo adeudado, y en tal sentido declarar probada la excepción de compensación; y, respecto de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el accionante los solucionaba a través de la sociedad SETESA S.A.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar en primer lugar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la sociedad ADMINPUBLICOS S.A.S.; en caso afirmativo analizar lo atinente a la jornada laboral, la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, la solidaridad deprecada, así como la compensación aducida y lo atinente a los aportes pensionales.

a. Contrato de Trabajo:

Inicialmente se debe acotar que por activa se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo como medio vinculante entre el accionante JOSÉ GABRIEL



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

GUACHETA MIRANDA y la sociedad ADMIPUBLICO S.A.S., con vigencia a partir del 25 de mayo de 2010.

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

En el presente evento, sea lo primero indicar que no se controvierte la acreditación de la prestación personal del servicio, la cual además se encuentra plenamente demostrada a través de los certificados expedidos por ADMIPUBLICO S.A.S. el 10 de octubre de 2017 y el 30 de abril de 2019, en las que se hace constar que el accionante “*tiene un contrato de usufructo en un vehículo de Servicio Público Taxi*” (Fls. 51 y 52); así como del contrato de arrendamiento suscrito entre dicha sociedad y el accionante el 25 de mayo de 2010 (Fl. 117).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, resulta evidente que opera la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., siendo el punto dealzada por pasiva, el hecho de estimar que *a contrario sensu* de lo estimado por el *a-quo*, tal presunción se derruye con la confesión del accionante, y la manera en que se ejecutó el contrato de arrendamiento, por lo cual entre las partes medió una relación de carácter civil.

Una vez determinado lo anterior, se debe acotar como primera medida que la prestación personal del servicio consistió en la conducción de taxis de servicios urbano. Sobre tal aspecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló en sentencia SL302-2020, Radicación No. 78576 del 4 de febrero de 2020:

“Al respecto, la Sala debe precisar que el servicio de transporte, tanto público como privado, está expresamente regulado y controlado por el Estado, siendo esto un aspecto fundamental para el desarrollo de la sociedad en general, pues al constituir una actividad riesgosa, guarda estrecha relación con la salvaguarda de la vida e integridad de las personas, y por ello se prioriza de forma esencial la seguridad de todos los que intervienen en esas labores, siempre bajo la máxima de que prima el interés general sobre el particular (CC C-033-14).

“[...]

“Con todo, en gracia de aclaración, es oportuno precisar que el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 no pretende establecer que absolutamente todos los vínculos relacionados con la prestación de servicios de transporte público, están o se presumen regidos por una relación laboral subordinada, como parece entenderlo la recurrente, pues solo estipula que el contrato de trabajo de los conductores de servicio público o de vehículos destinados al servicio público, debe ser celebrado por la empresa operadora de transporte, «[...] quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo», normativa que «[...] está encaminada a garantizar los derechos laborales de ese grupo de trabajadores, con el fin de que sus garantías no sean menoscabadas por maniobras fraudulentas de los propietarios de los vehículos de servicio público» (CSJ SL4302-2018), y es justamente por ello que el apartado siguiente señala que deberán aplicarse las normas laborales y especiales correspondientes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, el hecho de consistir la prestación personal del servicio en la conducción de vehículos de servicio público, no implica *per se*, y en virtud de lo consignado en la Ley 15 de 1959 y 336 de 1996, que la vinculación exclusivamente deba ser de carácter laboral, por lo cual, la naturaleza jurídica del contrato que rige el servicio, dependerá de las condiciones materiales en que se ejecuta la labor, ello de conformidad con el artículo 53 Superior.

Ahora bien, respecto de la subordinación debe señalarse como primera medida que en el presente evento se acreditó la suscripción de un contrato de arrendamiento, el cual no determina el vehículo objeto del mismo, en tanto no se diligenció en el contrato el acápite denominado “*vehículo dado en arrendamiento*” (Fl. 157), estableciéndose además de los certificados expedidos por la accionada, que labora en varios taxis, al discriminarse las placas ESK928, WPP416 (Fl. 51), WMK717 (Fl. 52), (Fl. 59), TGW250 (Fl. 101), siendo además que en el propio recurso de alzada se refiere que al accionante le eran suministrados diversos taxis, lo cual también es narrado y corroborado en la demanda.

De tal manera, que tal hecho se encuentra plenamente acreditado en el plenario, y permite establecer que, en la ejecución del contrato suscrito entre las partes al actor le eran entregados diversos vehículos para su explotación. No obstante, se reitera que lo que implica la subordinación es en todo caso, el hecho de imponer órdenes y ejercer el poder disciplinario. Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-



2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Así las cosas, la Sala estima pertinente analizar el interrogatorio de parte del accionante, en tanto el recurrente argumenta que de sus dichos se desvirtuó la subordinación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese sentido se tiene que aseveró que tiene libertad de escoger los pasajeros, que la sociedad accionada no le impone el parquear o guardar el vehículo en un lugar determinado, y por el contrario que él tiene *“un acuerdo con el compañero de trabajar un horario, trabajamos 12 horas y 12 horas”*; reiterando que no se le impone orden alguna de guardar o parquear el vehículo; relató además que está a su pleno alcance el realizar diligencias personales en el tiempo en el que maneja el vehículo, además no se le impone horario para tomar sus alimentos, ni se le asignan rutas específicas; así mismo, que la entrega del vehículo se verifica con su compañero en su lugar de domicilio, quien lo regresa en el domicilio de quien se lo entregó; refiere que está a su alcance suspender la labor, refiriendo que lo ha realizado por calamidades domésticas u hospitalizaciones; señaló no conocer al representante legal de la accionada, quien no le ha impartido órdenes ni le ha exigido que realice diligencias personales.

Señala al interrogarle en cuántos periodos ha suspendido el contrato de arrendamiento, no recordarlo por cuanto ha estado en varias oportunidades hospitalizado, e incluso *“en la pandemia yo más o menos duré cuatro meses y volví y me dieron un carro turno largo, pagando \$75.000, no se pudo, tocó entregarlo, tocó colocar varios días del bolsillo mío”*; señaló además no haber recibido orden alguna de los propietarios de los vehículos y que nunca le han entregado memorandos o ha sido objeto de llamados de atención.

Relató que solo tenía contacto con el señor AGUSTÍN FORERO y posteriormente con el señor FRANCISCO ARISTIZABAL, quienes eran los supervisores de los conductores y estaban vinculados a ADMIPÚBLICO S.A.S., señalando que el control era sobre estados de embriaguez y para cancelar los producidos; refirió, además frente a las interrupciones en la prestación del servicio por problemas de salud, que los supervisores no le imponían sanción alguna.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, se advierte que en efecto, la presunción fue derruida por los propios dichos del accionante, en tanto confesó tener a su alcance la manera de entregar el vehículo a la persona con quien lo explotaba por turnos, acuerdo en el que no intervenía la accionada, además le era factible disponer del tiempo en el que conducía el vehículo para realizar gestiones personales sin tener consecuencia adversa alguna; que la supervisión no implicaba realizar control de un horario de trabajo ni tuvo llamados de atención o sanciones cuando no prestaba el servicio.

Aspectos que en manera alguna se encasillan en subordinación laboral, la cual, como se refirió en la providencia previamente analizada, implica que el empleador ejerza un control sobre la actividad del trabajador y sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales, lo cual no acontece cuando se tiene la facultad de disponer del tiempo para aspectos personales, suspender *motu pro prio* la prestación del servicio y no se ejerce un control sobre aspectos como el horario de trabajo y horas y lugares de entrega del vehículo, lo cual se dejó a consideración del actor y su compañero de labores.

De otra parte, le asiste razón al recurrente al referir que las pruebas documentales *per se* no permiten establecer una relación subordinada de trabajo, pues solo logran acreditar la prestación personal del servicio. Así mismo, las documentales visibles a folios 54 y 55, solo dan cuenta de peticiones que elevó el actor el 11 de enero de 2019 para solicitar vacaciones y el 30 de septiembre de 2019 un permiso, documentos elaborados por el propio actor, sin que se tenga medio de convicción alguno que acredite que se hayan concedido o la empresa se haya manifestado al respecto, por lo cual no dan cuenta de subordinación alguna.

Se tiene además, que por pasiva no se confesó la subordinación, pues el representante legal de la accionada solo señaló que se limitaba el entregar el vehículo a tercera personas, lo cual es connatural a una actividad riesgosa y de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la importancia para la sociedad como lo es el servicio público de transporte, situación que además fue corroborada por los testigos que prestan tal actividad, y fueron enfáticos en señalar que no resulta dable el permitir la conducción de personas que no se encuentren autorizados, lo cual incluso se encuentra regulado por la Secretaría Distrital de Movilidad.

Ahora, el testigo PACÍFICO AREVALO, relató haber laborado en la conducción de servicio público con el accionante hace 9 o 10 años, por lo cual no es dable que tenga certeza sobre las condiciones en que se viene ejecutando la labor, no obstante, relató que para dicha época ellos fijaban el turno y tenían libertad de tomar descansos, sin requerir de permiso alguno.

El señor JOHNBOY RAMIREZ TRIANA señaló no tener conocimiento de la relación del actor con la accionada, relatando como se desarrolla su relación, de lo cual no es dable extraer consideración alguna respecto de la subordinación.

El deponente GUSTAVO LUNA relató haber sido compañero en la actividad del accionante desde octubre del 2018, laborando por espacio de dos años; relató que tenían a su alcance establecer los turnos para beneficiarse mutuamente, por lo que decidieron laborar de 4:00 a.m. a 4:00 p.m., señalando que el accionante arribaba a su casa con el taxi, y él lo retornaba en el domicilio del actor, lo cual coincide con lo confesado por el propio accionante.

Señaló además no se consultaba con la sociedad alguna modificación en el horario pactado entre ellos, refiriendo que los supervisores estaban pendientes del pago de lo producido, revisar las planillas y de verificar observaciones, impartiendo recomendaciones en aras de mejorar el servicio prestado, como utilizar un vestuario adecuado, que los documentos estén al día y las condiciones técnicas del vehículo; de igual manera, que el actor presentó interrupciones, tiempo en el cual él explotaba solo el vehículo, sin que la empresa tuviera injerencia, pues el accionante solo enviaba una carta al accionada. Relató incluso que en el año 2020 se dio una interrupción entre 5 y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

7 meses, y al acercarse posteriormente a la empresa se les asignó nuevamente un vehículo.

El señor ANGEL MANUEL GIL relató no conocer al accionante, y que mantiene un contrato de arrendamiento con la demandada, señalando frente a su relación contractual que no se le imparten órdenes, de lo cual no es dable formar el convencimiento de la Sala frente a los hechos narrados en la demanda.

De tal manera que, del análisis de los medios de convicción, quedó derruida la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., por cuanto el accionante confesó aspectos que desnaturalizan la subordinación laboral, como el tener liberalidad en dedicar el tiempo de conducción a actividades personales, establecer horas de entrega y el turno a realizar de manera conjunta con su compañero, no haber recibido órdenes ni llamados de atención; situación fáctica corroborada por el señor GUSTAVO LUNA.

Aunado a lo anterior, se debe resaltar que el *a-quo* estimó como hecho indicativo de la subordinación las directrices frente a vestimenta, como tener licencia de conducción, prueba de conducción, el pago de la tarifa acordada por el tiempo que se trabaje, tener los documentos pertinentes vigentes, hacer la revisión de los vehículos en el taller que disponga la empresa, no autorizarse el manejo de vehículos bajo el consumo de bebidas alcohólicas, no poder participar en carreras de velocidad por ser un servicio público o entregar el vehículo a terceros, manifestaciones que a juicio de la Sala no implican subordinación laboral, en tanto son condiciones propias del servicio público de transporte.

Así mismo estimo el juzgador de primer grado que la subordinación se corroboraba en cuanto el vehículo no quedaba a total discreción del conductor, en tanto se podía contactar por radio teléfono en su momento y ahora a través de ubicación digital, e incluso se cuenta con el control remoto del vehículo desde la estación para efectos de apagarlo, situaciones que a juicio de la Sala reflejan



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el cumplimiento de medidas de seguridad propia de actividad económica explotada, mas no la imposición de un poder subordinante.

Como corolario de lo anterior, se revocará parcialmente la decisión de primer grado, para en su lugar absolver a la accionada de todas las pretensiones de la demanda, decisión que además releva a la Sala del estudio de la alzada de la parte activa frente a las pretensiones de la demanda.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo y tercero, de la sentencia proferida el 29 de octubre de 2021, de conformidad con las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **ABSOLVER** a **ADMINPÚBLICO S.A.S.** de todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONFIRMAR los numerales cuarto y quinto de la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a los restantes integrantes del extremo pasivo de la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: REVOCAR el numeral sexto para en su lugar condenar en costas de primera instancia a la parte demandante. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 39 2018 00511 01
Demandante: MARISOL RODRIGUEZ PEREZ
Demandado: COLPENSIONES
 MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora y la demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA, en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARISOL RODRIGUEZ PEREZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA, a fin que se declare que el deceso del señor JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA acaeció el 24 de octubre de 2016 y que la demandada MARIA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA en su condición de cónyuge supérstite, no reúne los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el deceso del causante al no haber convivido con el pensionado los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento y por mediar disolución de bienes y liquidación de la sociedad conyugal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Igualmente, pretende la promotora se declare que en su calidad de compañera permanente que es la única beneficiaria de la sustitución pensional correspondiéndole el 100% y que el retroactivo le corresponde en un 81.56% desde la fecha del deceso del causante hasta cuando se inicie el pago del 100% de la mesada pensional. De la misma forma, solicita se declare que tiene derecho al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, solicita se condene a la convocada a juicio a pagar a la demandante el 100% de la sustitución pensional, a partir del 24 de octubre de 2016 hasta que subsistan las causas que le dieron origen, descontando los valores que a razón del 18.44% que le fueron pagados según Resolución SUB 67720 de 13 de marzo de 2018. Adicionalmente, reclama se condene al pago de los intereses de mora y la indexación de las sumas adeudadas en caso no prosperar la condena por intereses, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el señor JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA nació el 15 de febrero de 1940 y su deceso se produjo el 24 de octubre de 2016; que mediante Resolución No. 064 de 12 de febrero de 1991, la ELECTRIFICADORA DE BOYACA S.A., le reconoció pensión de jubilación de carácter compartida y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, mediante Resolución No. 1902 de 15 de mayo de 2000, le reconoció pensión de vejez de carácter compartida en cuantía de \$740.665, a partir del 15 de febrero de 2000.

Igualmente, adujo que convivió compartiendo techo, lecho y mesa en el barrio Fátima del municipio de Paipa con el referido causante, en unión marital de hecho desde el 23 de agosto de 2006 hasta el fallecimiento del pensionado,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

unión de la cual no se procrearon hijos. De la misma forma, indicó que el causante con anterioridad a esa unión, había contraído matrimonio el 5 de octubre de 1963 con la demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA, unión en la que se procrearon tres hijas de nombre AMELIA, MARÍA CECILIA y DELFA HIGUERA LÓPEZ, las cuales eran mayores de edad para el momento del fallecimiento de su padre.

Asimismo, expuso que los cónyuges se separaron de cuerpos el 14 de septiembre de 1999, misma calenda hasta la cual se dio la convivencia de la pareja, según acuerdo suscrito ante la COMISARIA DE FAMILIA DE PAIPA, y que mediante Escritura Pública No. 833 de 11 de octubre de 2001, realizaron separación de bienes y disolución y liquidación de la sociedad conyugal, de ahí, que no existiera convivencia de los cónyuges durante los últimos 17 años anteriores al fallecimiento del causante.

De igual modo, sostuvo que el señor JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA, en declaración extrajuicio adiada el 6 de octubre de 2016, manifestó que convivía en unión marital de hecho con la actora hace 10 años y que era la única beneficiaria de la sustitución pensional. En esa medida, la promotora del litigio solicitó la prestación pensional a la entidad accionada el 1º de noviembre de 2016 y la demandada MARIA DEL CARMEN LOPEZ DE HIGUERA también hizo lo propio el 4 de noviembre de 2016, anexando declaración extrajuicio en la que manifestó que convivió con el pensionado desde el 5 de octubre de 1963 hasta el 27 de julio de 2008.

Por otro lado, mencionó que en el Informe Técnico de Investigación emitido el 30 de enero de 2017 por COLPENSIONES, concluyó que el pensionado y la actora convivieron en unión libre por 10 años, desde el 23 de agosto de 2006 hasta el 24 de octubre de 2014 y con la cónyuge demandada por espacio de 45 años, desde el 5 de octubre de 1963 hasta el año 2008. Posteriormente, en Informe Técnico de Investigación de 9 de noviembre de 2017, la entidad concluyó que no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA, estableciendo que

el matrimonio convivió 38 años, desde el 5 de octubre de 1963 hasta el año 2001 cuando liquidaron la sociedad conyugal.

A su vez, señaló que la enjuiciada COLPENSIONES mediante resolución GNR 45042 de 10 febrero de 2017, reconoció y ordenó el pago de pensión de sobreviviente a favor de la demandada MARIA DEL CARMEN LOPEZ DE HIGUERA, en calidad de cónyuge en un porcentaje del 81.56% y a la actora en calidad de compañera permanente en porción del 18.44%. Así, la entidad encartada mediante auto AAGNR 790 de 16 de febrero de 2017, ordenó el archivo de su solicitud de pensión de sobreviviente; sin dejar en suspenso el reconocimiento pensional hasta que un Juez de la República dirimiera el conflicto entre las beneficiarias, reconociendo a su arbitrio un porcentaje para cada reclamante.

Así la cosas, la actora presentó recurso de reposición contra la resolución GNR 45042 de 10 febrero de 2017, el 5 de julio de la misma anualidad, aportando copia de la escritura pública de separación de bienes, disolución y liquidación de la sociedad conyugal, el cual fue desatado mediante Resolución SUB 14269 de 17 de enero de 2018, rechazando el recurso, decisión ante la cual presentó recurso de queja el 23 de febrero de 2018, el que fue rechazada por extemporáneo mediante Resolución SUB 67720 de 13 de marzo de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada MARIA DEL CARMEN LOPEZ DE HIGUERA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en el libelo introductorio.

Argumentó que, aunque no convivió con el causante dentro de los últimos cinco (5) años anteriores al deceso, sostuvo un vínculo matrimonial vigente con el pensionado hasta el momento del fallecimiento del pensionado, lo cual le concede derechos a la sustitución pensional, además el porcentaje

reconocido por COLPENSIONES está soportado en la normatividad legal. No propuso excepciones.

A su turno, COLPENSIONES al responder la demanda se opuso a las pretensiones relacionadas con el incremento en un 100% a favor de la actora de la pensión de sobrevivientes y a la condena por intereses moratorios a su cargo. Al respecto adujo, que la demandante no acredita los requisitos de ley, en especial el de convivencia con el causante. Además, señaló que la entidad dejó en suspenso dicha prestación al existir controversia entre la cónyuge y la compañera permanente.

Formuló las excepciones denominadas carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, negó la totalidad las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de carencia de causa para demandar e inexistencia del derecho y de la obligación propuestas por COLPENSIONES, igualmente condenó en costas a la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la demandante tiene derecho a ser la única beneficiaria la sustitución pensional del causante, señor JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA. Asimismo, expuso que eran hechos probados que al señor JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA se le otorgó una pensión por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de carácter compartida desde el 15 de febrero del 2000, a través de Resolución 192 del 2000 (Fl. 33 expediente digital- archivo 01); y que contrajo matrimonio el 5 de octubre de 1963 con la demandada

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ HIGUERA, como consta en el Registro Civil de Matrimonio (Fl. 263 archivo 01 del expediente digital); además, que el pensionado falleció 24 octubre del 2016, según el Registro Civil de Defunción (Fl. 31 archivo 01 - expediente digital).

También señaló que los cónyuges liquidaron y disolvieron la sociedad conyugal mediante escritura pública visible a folios 37 a 52 del expediente digital - archivo 01 y que COLPENSIONES reconoció como beneficiarias de la sustitución pensional a la demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ HIGUERA en un 81.56% y a la demandante MARISOL RODRÍGUEZ PÉREZ en un 18.44%, mediante Resolución 45042 de 10 de febrero del 2017 que obra en el expediente administrativo.

Seguidamente adujo que tales precisiones eran necesarias, en tanto no le es dable al Juez hacer modificaciones o abordar el estudio sobre determinadas calidades o hechos reconocidos por las partes, según sentencia SL 1995 17 del 2017. De la misma forma, refirió que el marco normativo que rige el estudio de la prestación de sobrevivientes, teniendo que la fecha del fallecimiento del pensionado refiere a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 del 2003. Así las cosas, acreditada la condición de pensionado del causante procedió a verificar el cumplimiento de las exigencias legales frente a cada una de las personas que se refutan beneficiarias de dicha prestación.

Indicando que en el caso del derecho pensional de la actora y de la convocada a juicio MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ HIGUERA, no podía poner en discusión la calidad de beneficiarias reconocida por la entidad pensional demandada, pues le está vedado al operador judicial desconocer la potestad de la administración de manifestar su propia voluntad, según se dijo en sentencias SL 2826 de 2021 y SL 3115 de 2020.

Precisión que efectuaba, como quiera que la demandante presenta inconformidad frente al reconocimiento de la demandada MARÍA DEL

CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA como beneficiaria del causante; pues para la fecha del fallecimiento ya estaba liquidada y disuelta la sociedad conyugal; por lo que dicho acto a su juicio generó la pérdida de la calidad de beneficiaria de la prestación económica.

Destacando la falladora de instancia sobre el particular, que no observó que los cónyuges se hubieran divorciado, lo que significa que su lazo marital continúa vigente hasta la fecha del fallecimiento causante, y que la acreditación de los requisitos para el acceso a la prestación económica se encuentra ajustados a derecho, tal como se observa de las resoluciones ya referidas por medio de las cuales COLPENSIONES reconoció y liquidó la mesada pensional, aspecto que ha sido dirimido en sentencia SL 4964 de 2020, donde se dijo que el *“cónyuge con unión marital vigente separado o no de hecho que haya convivido en cualquier tiempo durante el lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido tiene derecho a la pensión de sobrevivientes. Por esta razón, La Corte Suprema De Justicia, consideró (...) que el juzgador transgredió el artículo 47 de la ley 100 de 1993, literal b, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, al interpretar que, debido a la liquidación de la sociedad conyugal, la señora (...) no podría ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.”*

Bajo esos argumentos, sostuvo que resultaba incuestionable la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes tanto la demandante como de la demandada MARÍA DEL CARMEN LOPEZ DE HIGUERA. Indicando sobre la distribución de la mesada pensional, que la actora en el hecho quinto de la demanda sostuvo que convivió con el causante desde el día 23 de agosto del 2006 hasta la fecha de su fallecimiento y en cuanto a la demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA indico que la convivencia de ésta con el causante, lo fue por lo menos del 5 octubre 1963 hasta el 2008, fechas que concuerdan con las pruebas documentales arrimadas al plenario y las declaraciones de los testigos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En esa medida, dijo que la convivencia con la cónyuge se dio por espacio de 45 años y con la compañera por un lapso de 10 años, lo que arroja un total de convivencia de 55 años; correspondiendo un 81.81% de la mesada pensional a la cónyuge y un 18.19% a la demandante, luego, era razonable la liquidación realizada por COLPENSIONES, la que por demás otorgó una mayoría porcentual a la establecida en el juicio a la demandante, por lo cual consideró improcedente una variación en la distribución de la mesada pensional, lo que de contera conllevó a la absolución de las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones de carencia de causa para demandar e inexistencia del derecho y obligación propuestas por COLPENSIONES y condenó en costas a la promotora de la litis. Preciso sobre la pretensión atinente al pago de intereses moratorios que, al no existir suspensión injustificada en el pago de las mesadas, no se incurrió en mora en la cancelación de estas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de primera instancia, la demandante la apeló. Adujo que era posible impugnar por vía judicial la calidad de beneficiaria de alguna de las personas que reconoce la administradora, al tratarse del control judicial que se tiene sobre los actos administrativos, y que las sentencias que trajo a colación la Juez de primer grado hacen alusión a la calidad de beneficiaria cuando aparecen reclamantes en línea sustitutiva, caso diferente al aquí expuesto.

Seguidamente dijo que la postura de las Altas Cortes señala que la separación de hecho impone un límite temporal a la vigencia del vínculo, según sentencia C515-2019 la cual interpretó el artículo 47, siendo clara la Corte Constitucional en manifestar que la lectura de dicha norma es que, para que el cónyuge separado de hecho mantenga su calidad de beneficiario, se requiere que la sociedad conyugal esté vigente y se excluye al cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente. Misma postura reseñada por el Consejo de Estado

en sentencia de 28 de octubre 2006, en la que indicó que el cónyuge supérstite debe mostrar apoyo mutuo, confianza efectiva y velar por el causante durante los últimos 5 años anteriores de la muerte del pensionado.

Así las cosas, no puede pasarse por alto que la misma demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ sostuvo que no convivió con el causante en los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, y los testigos que trajo fueron contradictorios, sin que dieran cuenta de una convivencia con ella hasta el año 2008, pues no se demostró ningún tipo de convivencia posterior al año de 1999; por ende, la sentencia debió haber reconocido a la actora como única beneficiaria.

Sin embargo, si gracia de discusión se acepta la condición de beneficiaria de la demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ, la porción de tiempo para el cálculo de convivencia debe ser modificado, pues según el acta expedida por la Comisaria de Familia, la convivencia de los esposos se dio hasta septiembre de 1999, lo que arrojaría una convivencia de 31 con la esposa y 10 con la actora sumando 41 años, correspondiendo a la gestora el 24.39% y a la cónyuge el 75.60%.

Entre tanto, la demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ HIGUERA en su alzada señaló que no es viable reconocer la sustitución pensional del causante a una persona que no es su cónyuge supérstite, estando prohibido por la ley tener dos o más sociedades conyugales de manera simultánea, sin que este probada una separación de hecho de la demandante con JOSÉ MIGUEL AMEZQUITA, por tanto, no tiene derecho a la sustitución pensional y al contrario deben revocarse los actos administrativos con los cuales se le reconoció el porcentaje de 18.44% a la accionante y acrecentarse la pensión a favor de la cónyuge.

Igualmente, frente a las costas, señaló que son dos demandadas y no se hizo claridad a cuál de las encartadas corresponden.



IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante MARISOL RODRIGUEZ PEREZ, debe ser considerada con única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes pretendida, como consecuencia del fallecimiento del causante JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA.

4.3 De la Calidad de Pensionado del Causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le concedió pensión de carácter compartida desde el 15 de febrero del 2000, a través de la Resolución 1902 del 2000 (Fl. 18 y 117 a 120 vto.); igualmente, que el pensionado contrajo matrimonio por el rito católico el 5 de octubre de 1963 con la demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA, como consta en la partida y en el Registro Civil de Matrimonio (Fls. 143 y 144); y que los consortes liquidaron y disolvieron la sociedad conyugal mediante escritura pública No. 833 de 11 de octubre de 2001 (Fls. 20 a 30 vto.).

De otra parte, se estableció que JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA falleció 24 octubre del 2016, según consta en el registro civil de defunción (Fl. 17) y que la entidad convocada a juicio reconoció como beneficiarias de la sustitución pensional del citado causante, a la actora MARISOL RODRÍGUEZ PÉREZ en un 18.44% y a la demandada MARIA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA en un

81.56%, a través de Resolución GNR 45042 de 10 de febrero del 2017 (Fls. 103 a 110).

4.4 De los Requisitos para ser Beneficiario de la Sustitución Pensional:

Precisado lo anterior, y de acuerdo con las impugnaciones presentadas por la parte actora y la demandada MARIA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA, debe memorar la Sala que, en lo atinente al debate de la condición de beneficiario reconocido por la administradora de pensiones, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, expuso en sentencia SL2826-2021, Radicación No. 77016 de 15 de junio de 2021, lo siguiente:

“Desde tiempo atrás, esta Sala ha sostenido que se debe tener por acreditada y no discutida la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes a quien le fue reconocida la indemnización sustitutiva (CSJ SL, 21 oct. 2008, rad. 34228).

[...]

“Frente a la condición de beneficiaria de la demandante, cabe decir que fue la propia institución demandada la que la reconoció, al otorgarle la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en la Resolución no. 011925 del 16 de junio de 2009, luego de encontrar “...demostrada la convivencia efectiva bajo el mismo techo en condición de compañera permanente de la solicitante con el causante durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento...” En ese sentido, ese era un hecho ajeno al debate probatorio, por haber sido abiertamente reconocido por la demandada. (Ver CSJ SL, 3 feb. 2010, rad. 37387, CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 42182, CSJ SL, 8 may. 2013, rad. 44313 y CSJ SL667-2013, entre muchas otras)”

De otra parte, y dado que el deceso del causante data del 24 de octubre de 2016, según se confirma con el Registro Civil de Defunción de folio 17, acorde con lo sentado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, que señala que la norma que regula la pensión de sobrevivientes es la vigente al acaecimiento de aquel hecho, siendo para el presente evento los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Normativa que regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Sobre el requisito de convivencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, ha señalado en casos como el que concita la atención de la Colegiatura en esta oportunidad, que:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

[...]

“En fallo SL3202-2015 esta Sala de la Corte adoctrinó que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

[...]

“Así las cosas, en resumen, el cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que haya convivido en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con el (...) pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

[...]

“En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante”.

De cara a lo indicado se tiene que, conforme a la línea jurisprudencial vigente, en lo referente al cónyuge con vínculo marital vigente, con sociedad conyugal liquidada con el pensionado, el requisito de convivencia de cinco (5) años puede acreditarse en cualquier tiempo, en tanto, para la compañera permanente debe acreditarse en los últimos cinco (5) años anteriores al deceso del causante.

Adicionalmente, debe precisarse que el órgano de cierre de esta especialidad sentó la postura atinente a que la cónyuge separada de hecho o no, pero con vínculo matrimonial vigente, aun estando disuelta la sociedad conyugal, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes si acredita una convivencia mínima de cinco (5) años con el causante en cualquier tiempo, en vigencia del vínculo matrimonial, así lo expuso en sentencia SL3251-2021, Radicación No. 85580 de 7 de julio de 2021:

“Así lo ha reiterado en múltiples oportunidades esta Sala, entre otras, en las sentencias CSJ SL1869-2020, CSJ SL2232-2019, CSJ SL5141-2019 y CSJ SL1399-2018, última en la que señaló:

“En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta Sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. En específico, en esa oportunidad señaló:

[...]

“El anterior criterio se reivindicó en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, entre otras.

“Entonces la convivencia de 5 años con el cónyuge con lazo matrimonial vigente, puede darse en cualquier tiempo, así no se verifique una comunidad de vida al momento de la muerte del (la) afiliado (a) o pensionado (a), dado que: (i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.

“Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.”

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, la Ata Corporación de cierre de la jurisdicción laboral al referirse a los efectos de la sentencia C-515-2019 que fuera traída a colación en su alzada la parte actora, expuso en sentencia SL5645-2021, Radicación No. 79279 de 8 de noviembre de 2021, lo siguiente:

“En adición a lo expuesto, y tal como se dijo en la sentencia CSJ SL3938-2020, no escapa a la Sala que mediante providencia CC C-515-2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple de la expresión «con la cual existe la sociedad conyugal vigente», contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En las consideraciones sostuvo que el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Con todo, tal criterio ubica a la pensión de sobrevivientes, sin más, dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio. En cambio, la actual tesis de esta Corporación entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, precisamente porque la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio.

[...]

“De otro lado, la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Sala optimiza el principio de solidaridad, pues no se olvida del rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años con el causante, en la construcción de la prestación que, a la postre, le fue reconocida al trabajador.

[...]

“Todo lo anterior indica que no hay razones para que, en el sub judice, la Corte abandone su criterio consistente y consolidado, con mayor razón si se advierte que una interpretación contraria sería más restrictiva del derecho a la seguridad social de los cónyuges que acompañaron al trabajador en la construcción de la pensión, lo que iría en franca contravía del principio pro homine, conforme al cual se debe acudir a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos. Sobre el punto, en sentencia CSJ SL11188-2016 dijo la Corte:

“Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en el marco de las prestaciones fundamentales del sistema de seguridad social, las interpretaciones normativas que realicen las instituciones y los jueces, deben atender, primordialmente, a dos principios: (i) pro homine, en cuya virtud el intérprete debe acoger el sentido más extensivo de un texto normativo, cuando se trata de la realización y efectivización de derechos fundamentales; y (ii) de integralidad, que presupuesta que la seguridad social brinda «cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población» (art. 2º L. 100/1993).

4.5 DEL CASO EN CONCRETO:

Decantado lo anterior, procede la Corporación a descender al caso que hoy nos convoca, por lo que en punto de las objeciones reseñadas por las partes en sus apelaciones debe indicarse que tal como lo expuso la juez de primer grado, quedó fuera de todo debate lo referente a la condición de beneficiarias que le fuera reconocida tanto a la demandante como a la demandada MARÍA DEL

CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA, por parte de la administradora de pensiones convocada a juicio, en consecuencia, resulta ser un hecho ajeno al debate probatorio, por haber sido abiertamente reconocido por la demandada, pues así lo estableció la entidad al reconocerles la pensión de sobrevivientes en la Resolución GNR 45042 del 10 de febrero de 2017, por encontrar demostrada la convivencia efectiva con el causante por parte de la cónyuge en un periodo no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo y con la compañera permanente durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

No obstante, y si en gracia de discusión no existiese tal comprobación debe indicar este Juez Colegiado que no se llegaría a conclusión diferente, pues como se expuso en precedencia, al ahondarse en los medios probatorios arrimados al proceso, acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., se logra constatar en los mismos, que el matrimonio celebrado entre el causante y la demandada MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE HIGUERA el 5 de octubre de 1963, permaneció vigente a la fecha del óbito del pensionado, esto es, hasta el 24 de octubre de 2016, sin que se pueda inferir situación diferente a razón de la separación de bienes, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que efectuó la pareja el 11 de octubre de 2011, situación que no resulta relevante para el caso, y que manera alguna cercena el derecho de la cónyuge como ya lo ha indicado la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De ahí, que tampoco sean de recibo los argumentos de la gestora en su alzada sobre una interpretación diferente a la señalada por la Alta Corporación, pues como ya refirió anteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-515-2019 ubica a la pensión de sobrevivientes dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio, a *contrario sensu* la tesis vigente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, en atención a que la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio, optimizando así el principio de solidaridad, al no dejar de lado el rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años en cualquier tiempo con el causante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Máxime cuando quedó ampliamente demostrado con la pruebas documentales y testimoniales, que no solo la demandante en su condición de compañera permanente acreditó la convivencia con el pensionado fallecido dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso, la cual se dio por lo menos desde el 6 de octubre de 2016, según la declaración extra juicio rendida por el causante el mismo día y mes de 2016, en la que manifestó que convivía con la demandante hace 10 años (Fls. 33 a 33 vto.), hasta el 24 de octubre de 2016 fecha del deceso del señor JOSÉ JESÚS HIGUERA FONSECA, es decir, un total de 3619 días; sino que también la cónyuge demandada, avaló una convivencia superior a cinco (5) años con el causante en cualquier tiempo, lapso de tiempo exigido a la consorte con unión marital vigente, separado o no de hecho, para ser beneficiaria de la pensión, convivencia que para el caso se extendió por lo menos desde la fecha del matrimonio, es decir, desde el 5 de octubre de 1963 hasta por lo menos el año 2008 como lo señaló la juez de instancia.

Cabe mencionar que no es posible concluir de manera fehaciente, que la pareja de esposos dejó de convivir en el año 1999, como lo señala la parte actora en su alzada, pues si bien suscribieron acta ante la Comisaria de Familia de Paipa el 14 de septiembre de 1999 en la que señalaron que a partir de esa fecha se separaban de cuerpos (Fl. 19), también lo es, que la demandada MARIA DEL CARMEN LOPEZ DE HIGUERA, señaló en su declaración que el causante siguió viviendo en la casa de la pareja, aseveración que resulta consonantes con las versiones de los testigos CARLOS BARAJA RODRIGUEZ y LUIS ALBERTO MARTINEZ ACEVEDO, entendiéndose así que el vínculo permaneció con posterioridad a esa data.

Y es que además de lo expuesto en la contestación de la demanda por parte de la cónyuge, en la que señala que la convivencia con el pensionado se dio hasta el mes de julio de 2008, esto es, unos meses después del fallecimiento de la hija de la pareja AMELI HIGUERA, también obra declaración extrajuicio rendida por esta el 3 de noviembre de 2016, en la que manifestó que convivió con el causante hasta el 27 de julio de 2008 (Fl. 44), documento que no fue

desconocido ni tachado por la parte ante quien se antepone, lo que se acompasa con lo señalado en el informe técnico de investigación que llevó a cabo la entidad para estudiar la solicitud pensional (FL. 50), situación que igualmente guarda consonancia con lo reseñado en el acta de la audiencia celebrada dentro del proceso 2008-384 el 22 de mayo de 2009 ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Paipa, en el cual el causante reclamaba el incremento por persona a cargo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, donde se indica en los antecedentes que la demandada MARIA DEL CARMEN LOPEZ DE HIGUERA convivía con el causante desde la fecha del matrimonio (Fls. 144 a 152).

Lo que hace presumir que por lo menos para el año 2008, fecha en la que fue instaurada la demanda los consortes aún convivía, existiendo así una convivencia entre éstos desde el 5 de octubre de 1963 hasta el 27 de julio de 2008, es decir, 16.133 días; surgiendo así una convivencia simultánea con la compañera permanente, con la que se dijo convivía desde 2006, aspecto que coligieron los testigos ANA MERCEDEZ AGUILAR y CARLOS BARAJA RODRIGUEZ, los cuales fueron contestes en señalar que compañera permanente y el causante vivían juntos desde el año 2006.

En esa medida la convivencia con la cónyuge se extendió por un lapso de 16.133 días como ya se dijo y con la compañera 3619 días, lo que arroja como porcentajes de asignación de la prestación pensional un 81,68% para la cónyuge y un 18,32% para la compañera permanente, por lo que al ser mayor el valor por asignado por la entidad demandada a la actora, no hay lugar a variar el porcentaje asignado como lo solicitó en la apelación, al resultarle más por favorable el asignado por COLPENSIONES, lo indicó la *a-quo*, situación que tampoco favorece a la demandada MARÍA DEL CARMEN LOPEZ DE HIGUERA pues no presentó inconformidad sobre ese puntual aspecto.

Por último, cabe mencionar que ni las normas o la jurisprudencia que regulan los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, impiden a la compañera permanente con vínculo matrimonial aparentemente vigente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y que reclama la sustitución pensional, el reconocimiento pensional a su favor, pues como se expuso pródigamente, sin que tenga efecto alguno el que la demandante haya señaló en el interrogatorio de parte que depuso que su cónyuge se había ido del hogar, pues se itera en el trámite procesal quedó acreditado que convivió con el causante el tiempo exigido por la ley, como vino de verse; por ende, no son de recibo los argumentos esgrimidos en tal sentido por la cónyuge demandada en su apelación.

En cuanto a la aclaración que la consorte demandada solicita sobre a quien corresponde el valor de las costas impuestas en primera a la actora, al tratarse de dos demandadas, debe precisarse la Sala que de ser el caso la falladora de primer grado en su oportunidad deberá acudir a lo regulado en el numeral 7º del artículo 365 del C.G.P., para definir tal aspecto.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su totalidad la sentencia referente a la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
(Aclara Voto)

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020