



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARIO HUMBERTO MARIÑO FLÓREZ
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 03-2019-00423-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Mario Humberto Mariño Flórez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado realizado al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones aceptar la devolución de los aportes, mientras que al fondo de pensiones privado trasladar el rendimiento de lo ahorrado; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició su vida laboral el 7 de marzo de 1985, realizando aportes en el ISS, cotizando un total de 724 semanas. Refirió que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por AFP Porvenir S.A., afiliación que no estuvo precedida del consentimiento informado, ya que no le realizó la proyección de la pensión, ni le explicó las ventajas y desventajas de uno y otro régimen y la incidencia en su futuro pensional. (Expediente electrónico, PDF 001Demanda, págs. 87 a 99)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 001Demanda, págs. 103 y 104); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Refirió que, si la demandante tuvo la decisión de que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, sin que obre un medio de convicción tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera

del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y genérica. (Expediente electrónico, PDF 001Demanda, págs. 105 a 122)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado goza de completa validez, pues le informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado). Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 003ContestaciónDemandaPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de abril de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP demandada trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno de ninguna naturaleza. Así mismo, ordenó al ente público aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe el fondo de pensiones privado, para que proceda a activar la afiliación del accionante y actualice la información de la historia laboral en semanas de tiempo cotizado. Por último, gravó en costas a las enjuiciadas.

Para arribar a tal decisiva indicó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el juez debe abordar esta clase de temas desde la perspectiva de la ineficacia del traslado y no como lo propuso el actor en la demanda, esto es, bajo la nulidad del acto. Con fundamento en lo anterior, centró el problema jurídico en definir si en el momento del traslado al régimen de ahorro individual se presenta ineficacia como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales.

Con tal propósito citó los medios de prueba incorporados al proceso, para precisar que para la época del traslado existía materia normativa que obligaba a los fondos de pensiones brindar información, completa, veraz y oportuna acerca de las características de los dos regímenes pensionales, inclusive a realizar estudios respecto de las pensiones de jubilación o vejez, sobrevivientes e invalidez. Indicó que para el momento de la promoción de la afiliación del actor solo obra el formulario que suscribió, sin que exista medio de convicción que diera cuenta que durante toda la vinculación la AFP Porvenir S.A. dio algún tipo de asesoría transparente. Afirmó que la carga de la prueba radicada en el citado fondo, quien deberá demostrar que en efecto le brindó esa información con las características citadas, de acuerdo con la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Con fundamento en lo anterior, consideró que la AFP Porvenir S.A. incumplió con el deber que le impone el artículo 167 del C.G.P., en tanto, que no demostró haber brindado al actor información clara, cierta, comprensible, oportuna, de las características, condiciones y beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, así como sus ventajas y desventajas para el momento en que ocurrió el traslado, debiéndose en consecuencia declarar la ineficacia del traslado. (Expediente electrónico, audio 006VideoSentenciaPrimeraInstancia).

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que la decisión tomada por la parte actora fue consciente y espontánea, sin presiones de ninguna naturaleza, además, se efectuó con el lleno de requisitos legales vigentes para la fecha en que se produjo el traslado. Refirió que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones del traslado y las características generales del régimen, aunado a que suscribió formulario de afiliación, el cual cumple los requisitos de ley. De otro lado, en lo relacionado con la condena de devolver rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales aseveró que no es coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que la consecuencia de la aplicación de dicha figura es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, de tal manera que los frutos dados por la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual, tampoco se generaron.

Agregó que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían al demandante en una condición diferente a la que se encontraría si permaneciera el régimen de prima media, dado que recibiría dineros que no se generaron en este último de los regímenes en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio. Atinente al traslado de los recursos de los gastos de administración manifestó que esos montos por mandato legal tienen una destinación específica que en este caso cumplió su cometido, de tal suerte que esas sumas fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la Ley y no se encuentran en poder del fondo. A lo que sumó que su devolución resulta improcedente de conformidad con lo señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia, que tiene la facultad de emitir conceptos doctrinales respecto los temas de su competencia y quien ha advertido que se debe dar cumplimiento en caso de traslado entre regímenes al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

En lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, dijo que estos dineros fueron trasladados a la aseguradora, con los cuales el actor tuvo cobertura durante toda la afiliación, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la normatividad vigente. Por último, sostuvo que debe ser desestimada la condena en costas. (Expediente electrónico, audio 006VideoSentenciaPrimeraInstancia).

5.2. Colpensiones. Formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, alegando que el actor para el momento en que solicitó regresar al régimen de prima media ostentaba la edad de 62 años, de tal manera, encontrándose inmerso en una prohibición legal, conforme a lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Refirió que no se tuvo en cuenta el principio de la relativa jurídica, bajo el entendido de que al no participar en el negocio jurídico celebrado entre el actor y la AFP Porvenir S.A., no debe imponerse ninguna carga a Colpensiones. Agregó que de conformidad con el Decreto 720 de 1994, es el fondo de pensiones que efectúa el traslado y quien debe prestar la debida asesoría, por lo tanto, al ser una actividad que compromete los perjuicios e intereses de los afiliados, la codemandada es la llamada a responder ante la negligencia de un debido y adecuado asesoramiento. Agregó que no puede ser condenada en costas, pues actuó de buena fe. (Expediente electrónico, audio 006VideoSentenciaPrimeraInstancia).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, ya que no se aportan pruebas suficientes que acrediten la existencia de un vicio en el consentimiento del demandante, además, de su interrogatorio de parte se pudo determinar que el motivo

por el cual se siente engañado en el RAIS es por no habersele indicado adecuadamente las características del régimen pensional y el valor al cual ascendería su mesada pensional en uno u otro régimen, por lo que en caso de existir algún tipo de error este sería sobre un punto de derecho y no de hecho que de conformidad con el artículo 1509 del C.C. y a voces de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento y por lo tanto la afiliación al RAIS resulta ser totalmente válida.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del actor reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que Mario Humberto Mariño Flórez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 7 de marzo de 1985, con cotizaciones hasta el 1 de abril de 2004, conforme aparece en la historia laboral expedida por misma entidad (Expediente electrónico, PDF 001Demanda, págs. 140 a 147); quien suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. el 7 de diciembre de 2003, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes. (Expediente electrónico, PDF 003ContestaciónDemandaPorvernir, pág. 40)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2004- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para

gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en

la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia

de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas en primera instancia

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., tal y como lo señaló la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de sus contestaciones.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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

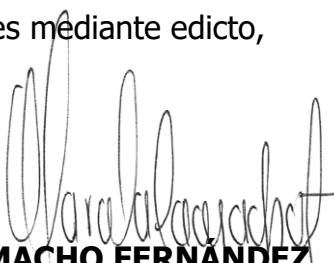
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de abril de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

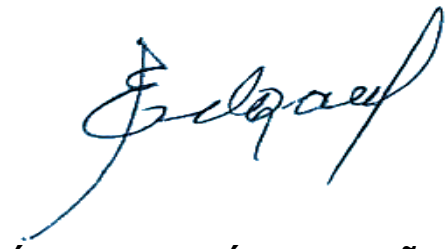
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OTONIEL CÓRDOBA CUESTA
Demandada: UGPP
Radicación: 07-2021-00138-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA- PENSIÓN CONVENCIONAL- MESADA 14- CONFIRMA.

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Otoniel Córdoba Cuesta instauró demanda ordinaria contra UGPP, con el propósito de que declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, teniendo 20 años de servicio y sin haber cumplido la edad de 55 años; que causó su derecho pensional en la citada fecha, tal y como lo establece el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se disponga a su favor restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada 14 causada desde junio de 2012, de manera indexada y junto con el pago de costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, entidad que dio por terminado su contrato de trabajo el 27 de junio de 1999. Refirió que adquirió su derecho pensional convencional en la citada data, la cual se hizo exigible una vez cumplió la edad de 55 años, esto es, 10 de noviembre de 2008. Indicó que mediante la Resolución núm. 193 del 11 de febrero de 2009, le fue reconocida la citada prestación económica, con una mesada pensional de \$2.708.972,76, sin embargo, pese a que venía la pasiva reconociendo la mesada 14, esta le fue cancelada en el mes de junio de 2012, de manera sorpresiva y sin mediar autorización del pensionado. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 12NotificaciónAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no es cierto que el derecho pensional convencional del demandante se haya causado el pasado 27 de junio de 1999, pues de conformidad con inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor cumplió con todos los requisitos para acceder a su pensión el 10 de noviembre del 2008, fecha para la cual ya estaba proscrita la posibilidad de recibir más de trece (13) mesadas pensionales.

En lo que hace a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 3°, 5° y 6°, relacionados con que el actor al momento de la terminación de la relación laboral con la Caja Agraria tenía más de 20 años y no había cumplido con la edad de 55 años; el reconocimiento pensional mediante la Resolución núm. 193 del 11 de febrero de 2009 y la cuantía de esta. Frente a los demás señaló no ser cierto o no constarle y formuló como excepciones previas las de inepta demanda por falta de los requisitos formales y falta de agotamiento de los requisitos de procedibilidad y, de fondo las que denominó falta del cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la mesada catorce, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y compensación, cumplimiento del deber legal, buena fe, legalidad de los actos administrativos, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 10ContestaciónUGPP)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de julio del 2022, en la que el fallador declaró que la accionante tiene derecho al restablecimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada 14. En consecuencia, condenó a la demandada a reanudar su pago a partir de junio de 2017, debidamente indexado. Así mismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, autorizó a la UGPP descontar de las mesadas pensionales adeudadas los descuentos por aportes a salud y gravó en costas a la encartada.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si el demandante es o no beneficiario de la mesada adicional de junio o mesada catorce de la pensión de jubilación convencional desde junio de 2012. Con tal propósito, señaló que no fue objeto de debate que el trabajador laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 2 de octubre de 1980 hasta el 27 de junio de 1999; tampoco que cumplió la edad para obtener la pensión convencional de jubilación el 10 de noviembre de 2008, misma que le fue reconocida por medio de la Resolución núm. 193 del 11 de febrero de 2009, con base en el parágrafo 1° del artículo 48 de la Convención Colectiva de Trabajo.

En esa medida y luego de hacer alusión al aducido texto extralegal, sostuvo que la edad constituyó el requisito faltante para hacer exigible la prestación económica, en tanto que la pensión se causó con el retiro del trabajador y 20 años de servicio, situación que acredita el demandante. Refirió que la mesada 14 fue cancelada al actor desde el reconocimiento pensional y hasta el año 2012 por la demandada UGPP, no obstante, de conformidad con el parágrafo transitorio sexto del Acto Legislativo 001 de 2005 y el referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al ser causada la pensión convencional en el año 1999, esto es, antes de la entrada en vigor del mencionado Acto Legislativo, es claro que tiene derecho a la mesada 14 que se reclama.

Concluyó que la UGPP hace una interpretación errónea de la norma constitucional en comento, pues al acreditarse 20 años de servicio desde el año 1999, debe tenerse por causada la prestación convencional desde esa data, de ahí que el demandante ostente derecho a que se le restablezca la mesada que dejó de percibir desde junio de 2012.

(Expediente electrónico, audio 17. AUDIENCIA ART.80 CPL - RAD. 2021-138-00-20220628_113735-Grabación de la reunión)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la accionada interpuso recurso de apelación señalando que el estatus de pensionado correspondió al 10 de noviembre de 2008, fecha en la que cumplió todos los requisitos para acceder a la pensión convencional. Indicó que el salario mínimo legal mensual vigente para el 2008 era de \$461.500, por lo que al corresponderle una primera mesada pensional en cuantía de \$2.708.972,76, sobrepasa los límites del parágrafo transitorio sexto del Acto Legislativo 001 de 2005, para hacer acreedor de la mesada adicional

reclamada, de allí que no tenga derecho al pago de la misma. (Expediente electrónico, audio 17. AUDIENCIA ART.80 CPL - RAD. 2021-138-00-20220628_113735-Grabación de la reunión).

6. Alegatos de conclusión. La demandada alegó en su favor aduciendo que no es cierto que el derecho pensional convencional del demandante se haya causado el pasado 27 de junio de 1999, de conformidad con el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que el actor cumplió con todos los requisitos para acceder a su pensión el 10 de noviembre del 2008, fecha para la cual ya estaba proscrita la posibilidad de recibir más de trece mesadas pensionales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Al demandante le asiste derecho al pago de la mesada 14, o si por el contrario su derecho se vio afectado como consecuencia de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005?

Mesada adicional de junio

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que el actor estuvo vinculado a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el 2 de octubre de 1980 hasta el 27 de junio de 1999; tampoco que el derecho pensional se concedió a la luz del parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, con 20 años y 266 días y 55 años, que se advirtieron satisfechos al 10 de noviembre de 2008, cuya cuantía inicial correspondió a la suma de \$2.708.972,46.

En ese orden, se recuerda que las pretensiones del actor se orientan a obtener el restablecimiento de la mesada adicional de junio, punto sobre el cual es necesario precisar que, por virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, se les concedió el derecho al pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, la cual se cancela con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

No obstante, ha de decirse que conforme a la sentencia C-409-1994 la mesada catorce es procedente para todos los pensionados, con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1º de enero de 1988.

Ahora bien, por virtud del Acto Legislativo 001 del 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para quienes perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se **cause** antes del 31 de julio del 2011, pues en este caso dichas personas tendrán derecho a 14 mesadas al año.

En consecuencia, para determinar si en efecto, la reforma constitucional del año 2005 tuvo la virtud de afectar el derecho del demandante a percibir la mesada catorce, es necesario determinar cuándo se causó su derecho a la pensión por jubilación convencional, recabando que el inciso 8° de dicho acto legislativo precisó que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, es decir, con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como la demás condiciones que señala la ley.

En ese hilo conductor, se dejó sentado en precedencia que al demandante se le definió su derecho conforme a la Pensión de Jubilación Convencional contenida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero y su Sindicato de trabajadores, vigente entre 1 de enero de 1998 y 31 de diciembre de 1999, cuyo texto es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 41.- PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. - A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la caja agraria, cuando cumplan 20 años de servicios a la caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios"

PARÁGRAFO PRIMERO.- El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicios a la institución"

Sobre el entendimiento de la citada cláusula, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos como el aquí debatido, señaló en sentencia SL526-2018, la cual se reiteró en sentencias SL4550-2018, SL2661-2019 y SL5030-2019, que el parágrafo 1° del texto convencional aplica a los extrabajadores de la entidad, quienes en vigencia del acuerdo perdieron su condición de trabajadores activos, siempre que acrediten haber prestado 20 años de servicio, en tanto que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación. Al respecto, anotó:

"Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...]

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico

vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el extrabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.”

Al margen de lo anterior, y en lo que estrictamente se refiere al cuestionamiento jurídico, es claro que dicha prestación es concebida para aquellos extrabajadores que estando vigente el acuerdo convencional perdieron su condición y cuando menos hayan laborado para la entidad 20 años de servicio, pues, la edad de 55 años, para el caso que concita la atención de la Sala, es tan solo un requisito de exigibilidad.

Bajo ese presupuesto, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que el trabajador prestó sus servicios con la extinta Caja Agraria desde el 2 de octubre de 1980 hasta el 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 20 años y 266 días, momento para el cual, es decir, para la fecha de terminación del laborío, se encontraba vigente la cláusula 41 convencional, por lo que es evidente que a partir del 27 de junio de 1999 dejó causado su derecho pensional y por ende, a partir de allí surgió a la vida jurídica.

Conforme a lo anterior, confluente natural que el actor se encuentre dentro de las hipótesis contempladas por el Acto Legislativo 001 de 2005, para recibir el beneficio de la mesada 14, esto es, las personas que aún no se hubieren pensionado, pero que causaron su derecho a la pensión antes de su entrada en vigor, que lo fue el 25 de julio de 2005; de tal forma que los argumentos de defensa de la convocada a juicio no se encuentren llamados a prosperar. Y es que al no quedar duda que la pensión se causó el 27 de junio de 1999, desacertado resulta que la UGPP esgrima que la pensión nació el 10 de noviembre de 2008, confundiendo la causación con el disfrute del derecho pensional, que bien es sabido son dos figuras jurídicas totalmente diferentes, cada una con efectos propios, como se dijo con anterioridad.

Así, es claro que no podía, entonces, asemejar el disfrute de la pensión materializado en la fecha en que el actor arribó a la edad de 55 años, es decir, al 10 de noviembre de 2008, con la causación del derecho que lo fue el 27 de junio de 1999, cuando cumplió con los requisitos del parágrafo 1º del texto convencional, acotando, que el otorgamiento de la mesada 14 a aquellas personas que causaron su derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, como el caso del aquí demandante, por efectos de lo ordenado en el inciso 4º del mismo, no está condicionado a que la mesada pensional sea igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales.

En consecuencia, hay lugar a ordenar el restablecimiento de la mesada 14 a partir de junio de 2012, fecha en la que le fue suspendida la misma por parte de la UGPP, tal y con acierto lo concluyó el cognoscente de primer grado, por manera que de lo anotado y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión que bien tomó el A quo.

Prescripción

Frente a ello, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, pues sin duda al demandante se ubica en los citados supuestos, ya que, aunque la mesada 14 fue interrumpida en junio de 2012, tal como se señaló, al ser la pensión convencional una prestación económica con causación periódica, debe entenderse que el término de prescripción se encuentra interrumpido con cada reclamación que realizó el actor respecto de las mesadas pensionales causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, como se indicó en la citada sentencia.

Ante este panorama, teniendo en cuenta que se suspendió el pago de la mesada 14 en junio de 2012, el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes. En el caso particular, se tiene que el actor elevó reclamación ante UGPP el 20 de octubre de 2020, siendo resuelta mediante acto administrativo RDP 004752 del 26 de febrero de 2021 y la fecha de presentación de la demanda ocurrió el 9 de abril de 2021, de manera que, conforme a las disposiciones citadas, las mesadas causadas y no reclamadas con antelación al mismo día y mes de la reclamación, pero del año 2017, se encuentran cobijadas por el fenómeno de la prescripción.

En esa medida, es claro que no incurrió en error el sentenciador de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada petición ante la UGPP calendada 20 de octubre de 2020, por manera que se impone confirmar la decisión del A quo que sobre tal aspecto arribó.

Costas impuestas en primera instancia a UGPP

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponer costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

Costas en esta instancia

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la UGPP y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

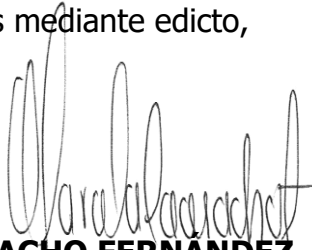
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de julio del 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de la UGPP. Las de primera, se confirman.

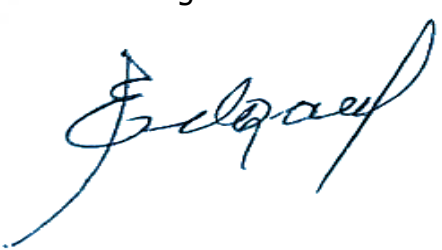
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

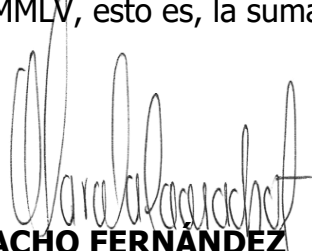


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de la UGPP el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MAURICIO EDUARDO BELTRÁN GARZÓN
Demandado: BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.
Radicado No.: 04-2019-00470-01
Tema: NIVELACIÓN SALARIAL- APELACIÓN DE SENTENCIA-
CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Mauricio Eduardo Beltrán Garzón instauró demanda ordinaria contra Banco Itaú CorpBanca Colombia S.A., con el propósito de que se declare que el convocado a juicio, en desarrollo del contrato de trabajo que mantiene con el trabajador demandante ha violado lo previsto en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y 143 del C.S.T., así como la Ley 1496 de 2011, por tanto, lo ha discriminado al pagarle un salario inferior al que perciben otras personas que tienen el mismo cargo y funciones, como es el caso de los trabajadores Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza y Rosa Herlide Cortés Molina, quienes realizan las mismas labores en idénticas condiciones en el ejercicio del cargo subgerente operativo.

Como consecuencia de ello, se disponga a su favor la reliquidación de sueldos, cesantías, primas, vacaciones, aportes pensionales y demás prestaciones, teniendo como base para ello el salario más alto percibido por los citados trabajadores o entre quienes ocupan el cargo subgerente operativo; intereses a las cesantías que se hubieren causado por ello; y sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Así mismo, pidió que se ordene al encartado que a partir de la sentencia y mientras se mantenga en el cargo, el pago del mismo salario equivalente más alto, de conformidad con las condiciones atrás anotadas; indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó al Banco de Crédito, después Helm Bank y actualmente Itaú CorpBanca Colombia S.A. el 30 de junio de 1999, para desempeñar el cargo de cajero, posteriormente en el año 2004 auxiliar de procesos; en el año 2005 analista de gerencia; en el año 2008 director operativo; y subgerente operativo desde el año 2014. Refirió que estos dos últimos cargos tienen la misma equivalencia en el banco y que los trabajadores Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza, Rosa Herlide Cortés Molina y Mauricio Eduardo Beltrán Garzón, ocupan en el mismo cargo y ejercen las mismas funciones en idénticas condiciones. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteFisicoEscaneado, págs. 6 a 28).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no lo ha discriminado en modo alguno, dado a que las eventuales diferencias en salario encuentran cabal y objetiva justificación. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° al 3°, 14°, 16°, 19° y 20°, relacionado con que el Banco Itaú CorpBanca Colombia S.A. ha tenido múltiples nombres y se ha fusionado con otras entidades financieras; que el actor desde el 30 de junio de 1999 se vinculó a la entidad; que los trabajadores Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza, Rosa Herlide Cortés Molina y Mauricio Eduardo Beltrán Garzón ocupan el cargo de Subgerente operativo; que el demandante se desempeña el mismo cargo en distintas oficinas y se encuentra afiliado a Old Mutual. Respecto de los demás hechos no los aceptó o no le constó y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho y genérica. (Expediente digital, PDF 04SusbanaciónContestaciónDemanda).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de junio del 2022, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas las pretensiones invocadas por el actor, a quien lo gravó en costas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, citó el artículo 143 del C.S.T., modificado por la Ley 1496 de 2011, para precisar que le corresponde dilucidar si al actor le basta acreditar el mismo cargo ejecutado por los demás trabajadores con quienes se pretende comparar, sin tener en cuenta las razones a las que obedeció la diferencia salarial. Con tal propósito, dejó claro que no es objeto de discusión las condiciones laborales del demandante y de Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza y Rosa Herlide Cortés Molina, compañeros con los que se busca el equilibrio salarial.

Bajo ese horizonte, indicó que la nivelación salarial compete al cargo de subgerente operativo que el actor desempeñó desde el 16 de julio de 2007 y que ejecutaba cuando presentó la demanda, de manera que *"como los hechos que motivaron la demanda se dieron antes de dicha data, se regirán por el artículo 143 del C.S.T. en su redacción original,"* ya que el inciso 3° del artículo 7° de la Ley 1496 de 2011, entró en vigencia el 29 de diciembre del mismo año. Así, recordó que si el trabajador pretende tal figura le corresponde acreditar no solo que los colegas ejecutan el mismo cargo, pero con ingreso salarial diferente, sino, además, que lo desarrolla en igualdad de condiciones laborales.

En ese sentido, una vez se adentró al análisis del acervo probatorio, mencionó que el actor con respecto del señor Camilo Moreno Gómez, éste ingresó al Banco en el año 1984, sin embargo, dada su trayectoria laboral, justifica la diferenciación salarial, pues en todo momento ha contado con una remuneración superior; Jorge Andrés Suárez Ariza, ingresó como cajero auxiliar el 9 de julio de 1998, quien desde el año 2003 ha sido coordinador, cargo que con posterioridad fue denominado como director de oficina, lo que de suyo implica mayor experiencia y conocimiento en el mismo, al punto que fue nombrado como subgerente operativo desde el año 2014, mientras que al demandante únicamente lo es desde el año 2016 (SIC), situación que justifica la diferencia salarial; Osbaldo Vargas Ramírez, se desempeña en el cargo de subgerente operativo desde el mes de noviembre de 2007, hecho del que se deriva experiencia mayor, frente a aquel tiene el promotor de la litis, además, coligió que no son equiparables en virtud de la implementación del plan dorado, que estuvo vigente hasta el año 2015, según el cual labor de los gerentes y subgerentes operativos se remuneraba de acuerdo al volumen del trabajo, la responsabilidad en el desempeño, la oficina y cantidad de clientes, a lo que sumó que el

trabajador le fue nivelado el salario dada a una sentencia judicial, lo que justifica la diferenciación con el gestor del proceso.

Referente a Diana Maritza Vargas Pedraza, quien ingresó en el cargo de analista técnico de banca en el año 1997, posteriormente nombrada director de oficina en el año 2000, cambiando su cargo al de subgerente operativo en el año 2014, lo que de suyo implica mucha más experiencia que el actor. Por su parte, Rosa Herlide Cortés Molina, ingresó en 1991, es decir, 8 años antes que el demandante, siendo ascendida al cargo de asesor operativo en el año 1995, recibiendo 3 aumentos en el año 1997, lo que significa mayor responsabilidad y experiencia, justificando así la diferenciación salarial. Mientras que Mauricio Eduardo Beltrán Garzón, inició su nexo laboral el año 1999 como cajero auxiliar y estuvo vinculado al plan dorado, situación que influye directamente en su salario e incrementos realizados, a lo que sumó que como su ingreso fue con posterioridad al de sus compañeros, es evidente que estos últimos ostentan mayor experiencia, antigüedad e incrementos salariales dados a los cargos desempeñados, lo cual justifica la diferenciación salarial.

Tras analizar el interrogatorio de parte del actor y el testimonio de la señora Diana Maritza Vargas Pedraza, consideró no se puede establecer que el volumen de trabajo que tuvo era idéntico al de los compañeros con los que se compara, pues no se trata de que nominalmente cumpla las mismas funciones y que tenga el mismo cargo, sino, que efectivamente que la carga laboral sea igual y en atención al número de clientes, flujo de transacciones, valores y personal que tiene a su cargo. Dijo, que estos son los criterios que permite verificar si tienen iguales laborales a la de los compañeros, sin embargo, del dicho del actor y testimonio, no podía colegir que tengan la misma carga laboral.

A lo anterior sumó, que los demás testigos escuchados en el proceso no aportaron nada al proceso, de tal manera que como el promotor del proceso no allegó los elementos de juicio tendientes a demostrar que efectivamente tenía idénticas funciones que los compañeros de trabajo con los cuales se compara, le imponía no acceder a las pretensiones de la demanda, debiendo, por tanto, absolver a la demandada de estas.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que la Ley 1496 de 2011 aplica para todos los casos que se presenten a partir del año 2011, de tal manera que la prueba que está pidiendo el cognoscente de primer grado es inexistente, en la medida que la carga de la prueba radica en cabeza del empleador. Refirió que las personas con las que se pretende la comparación fueron trabajadores en el Banco de Crédito ahora Itaú CorpBanca Colombia S.A., de manera que la categorización de oficina no está llamada a prosperar, dado que aquello fue hace más de 20 años, por tanto, no aplica para ninguno de ellos.

Señaló que en el interrogatorio de parte el Banco demandado confesó expresamente que tanto el demandante como los otros trabajadores hacen idénticas funciones, por lo que el tamaño de la oficina no es válido, para aceptar una razón objetiva, además, porque son rotados entre estas por razones de seguridad. Advirtió que el Banco demandado no logró demostrar objetivamente las razones de diferenciación entre los trabajadores, entre eso, sí la antigüedad es factor objetivo y si pesa en el rendimiento del trabajador, para pagarle más. Aludió a que en el caso de Osbaldo Vargas Ramírez, no está probado que el mismo haya percibido más por una sentencia judicial que ordenó nivelación salarial, aunado a que dentro del banco no existen tablas de incrementos por antigüedad, de allí que no exista una razón válida y objetiva para la discriminación salarial. (Expediente digital, audio

2019-00470-20220602_153323-Grabación de la reunión).

5. Alegatos de conclusión. La demandada alegó en su favor solicitando que se confirme la sentencia de primer grado, al ser evidente la carencia de soporte fáctico y jurídico de las pretensiones elevadas por el actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿El salario del actor debe nivelarse con el salario devengado por los señores Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza y Rosa Herlide Cortés Molina?
- ✓ En caso positivo, ¿le asiste al demandante el derecho al pago de las diferencias salariales, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones y demás acreencias solicitadas en el escrito primigenio?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, extremo inicial y que en la actualidad se mantiene, tampoco su modalidad y duración, ni las labores que ejerció durante el nexo laboral, entre estos, que ocupa el cargo de subgerente operativo a partir del 16 de julio de 2007, dada la equivalencia del empleo director de oficina que desempeñó al interior del banco demandado; situaciones fácticas que se reiteran no fueron motivo de reproche, además, son aceptadas por la pasiva en su contestación de demanda, quien adosó para el efecto certificación laboral adiada 6 de abril de 2020 (Expediente digital, PDF 04SusbanaciónContestaciónDemanda, págs. 69 y 70).

Nivelación salarial

Realizada tal precisión, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127"*.

Al respecto, la jurisprudencia resulta ilustrativa para entender los alcances de la enunciación legal y para tal efecto en sentencia SL3165-2018, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia indicó que: *"la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia. (...) Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7. ° de la Ley 1496 de 2011, la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva"*

Del mismo modo, en sentencia SL5464-2015, que trajo a colación la providencia SL 24272, 10 jun. 2005, la misma Corporación recordó: “*es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc*”.

Bajo esa tesitura, misma que sirve para orientar esta decisión, busca el actor que se le nivele salarialmente en relación con los trabajadores que desempeñan su mismo cargo, esto es, subgerente operativo, como es el caso de los señores Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza y Rosa Herlide Cortés Molina, porque según su parecer, pese a que realizan las mismas funciones, estos tienen un mayor ingreso salarial al que recibe; planteamiento del que pretende mostrar un posible trato desigual, del que corresponde a la Sala, con fundamento en las pruebas practicadas, determinar si existen razones que de manera objetiva lo justifiquen.

Conforme a los presupuestos señalados y atendiendo a la distribución de cargas probatorias, corresponde en primer lugar a la activa, acreditar el trato diferenciado en materia salarial, y la identidad de cargo y funciones con referencia a otro trabajador, para que una vez establecida la desigualdad, analizar si la pasiva a quien se desplaza la carga probatoria, justificó los factores objetivos de esa diferenciación salarial.

En ese orden, se debe advertir desde ya, que, una vez realizada la valoración conjunta de los medios probatorios allegados al diligenciamiento, se arriba a la conclusión de que la entidad demandada logró justificar la razonabilidad de ese trato diferenciado del salario entre el demandante y los trabajadores Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza y Rosa Herlide Cortés Molina, con quienes se pretende hacer la comparación, de allí que tampoco evidencie la Sala un desatino en la intelección que llegó el cognoscente de primer grado, cuando dijo que no procedía la nivelación salarial pretendida.

En efecto, no se discute que el actor y los señores Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza y Rosa Herlide Cortés Molina, ostentan el mismo cargo de subgerente operativo, para el año 2007, fecha a partir de la cual se pretende la nivelación salarial y que mientras el demandante devengaba la suma de \$1.300.000, los otros trabajadores para esa calenda tenían los siguientes salarios básicos, de acuerdo con lo certificado por la misma enjuiciada:

Osbaldo Vargas Ramírez	\$ 1.777.514
Camilo Moreno Gómez	\$ 3.316.200
Jorge Andrés Suárez Ariza	\$ 1.750.000
Diana Maritza Vargas Pedraza	\$ 1.750.000
Rosa Herlide Cortés Molina	\$ 3.000.000

Precisado lo anterior, desde el punto de vista formal debe decirse que, en el caso de autos, confluyen identidades intrínsecas del cargo y de funciones, presentándose diferencia en cuanto a su asignación salarial en el cargo de “subgerente operativo”.

No obstante, considera la Sala que solo el hecho de demostrar que los trabajadores tuvieron el mismo cargo y las mismas funciones, no hace indefectiblemente que se deba proceder a la nivelación salarial pretensa, como bien lo adujo el A quo, en tanto que se requiere también demostrar que existen condiciones objetivamente igualitarias que imponen la necesidad de ser remunerados de la misma manera, aspecto que no logra demostración en este asunto, por el contrario, el banco demandado con suficiente

material probatorio logra “justificar la razonabilidad de ese trato”, pues el modo y el cómo se presentó la diferencia salarial entre uno y otro trabajador fueron disímiles y corresponden a situaciones particulares que de ninguna manera pueden colocar a la entidad empleadora en la incursión de un trato diferenciado en la remuneración.

En efecto, tampoco merece ningún reproche la conclusión a la que arribó el juez primigenio al considerar que los trabajadores desde el punto formal tenían la misma función general, esto es, “Asegurar el adecuado funcionamiento operativo de la oficina mediante la correcta ejecución de los procesos establecidos y el cumplimiento de las políticas, con el propósito de controlar el riesgo presente en todas las operaciones. Así mismo, realizar las actividades definidas expresamente como apoyo al Segmento Pymes y la Banca Preferente, de acuerdo con lo demarcado en la estrategia comercial” (Expediente digital, PDF 04SusbanaciónContestaciónDemanda, págs. 295 y s.s.); aspecto que fue ratificado por la representante legal de la encartada, precisando que como el banco ha tenido diferentes fusiones y adquisiciones, ha llevado a que exista una dispersión salarial entre los trabajadores, pues algunos de estos han tenido un historial laboral con cada entidad financiera y quienes han recibido beneficios salariales que debieron ser sostenidos por la entidad financiera. Refirió, además, que el trabajador demandante, pese a que tiene las mismas funciones de sus compañeros de trabajo y con los cuales pretende paridad, se encuentra bajo la banda salarial establecida por el banco, es decir, bajo un régimen salarial instituido y que va de acuerdo con su responsabilidad laboral y antigüedad.

La anterior afirmación, encuentra soporte en lo manifestado por el propio Mauricio Eduardo Beltrán Garzón, quien, al ser indagado sobre el motivo de la diferencia salarial entre sus demás compañeros de trabajo, manifestó que ellos ingresaron al banco tiempo atrás, quienes tempranamente empezaron ascender dentro de la compañía dada la oportunidad que le fue brindada por esta. Esbozó que los incrementos salariales dentro del banco son diferentes a los que se encuentran o no recibiendo beneficios convencionales, además, aseveró que las personas con las que pretende la comparación no todos vienen del mismo banco, tampoco han tenido la misma trayectoria laboral que él dentro de la compañía, ni le fueron modificadas las condiciones laborales con las que venían al interior de las distintas entidades financieras que se fusionaron a la entidad demandada. Agregó que no todos manejan el mismo personal, flujo de clientes y transaccionalidad de operaciones, aunado a que no tiene el mismo nivel académico que sus homólogos.

Así las cosas, resulta fácil deducir de las citadas declaraciones que las personas con la que se compara el demandante, efectivamente contaban con un mayor salario, pero que tal diferenciación no puede considerarse como un trato discriminatorio, pues, como se vio, el actor tenía un régimen salarial diferente y, pese a que desempeñaban el mismo cargo, esto es, subgerente operativo, y por tanto, cumplen las mismas funciones, reportan no solo salarios distintos, sino fechas de ingreso laboral y designación para ocupar esa posición diferentes.

Lo anterior, también se desprende de las certificaciones laborales de Camilo Moreno Gómez, Jorge Andrés Suárez Ariza, Osbaldo Vargas Ramírez, Diana Maritza Vargas Pedraza y Rosa Herlide Cortés Molina y que fueron incorporadas al cartapacio, donde consta fecha de ingreso, cargos y salarios, lo que se resume así:

NOMBRE	FECHA INGRESO	FECHA CARGO SUBGERENTE OPERATIVO	SUELDO CARGO SUBGERENTE OPERATIVO
Osbaldo Vargas Ramírez	19-may-93	6-nov-07	\$ 1.777.514
Camilo Moreno Gómez	5-abr-84	15-sep-00	\$ 3.316.200
Jorge Andrés Suárez Ariza	9-jul-98	01-ene-2007	\$ 1.750.000
Diana Maritza Vargas Pedraza	1-oct-97	8-nov-00	\$ 1.750.000

NOMBRE	FECHA INGRESO	FECHA CARGO SUBGERENTE OPERATIVO	SUELDO CARGO SUBGERENTE OPERATIVO
Rosa Herlide Cortés Molina	21-dic-89	1-mar-02	\$ 3.000.000
Demandante Mauricio Eduardo Beltrán Garzón	30-jun-99	16-jul-07	\$ 1.300.000

Antigüedad que resulta relevante, en tanto que esa trayectoria laboral en el Banco y en el mismo cargo de subgerentes operativos, aunado a la fecha en que se afiliaron a organizaciones sindicales les ha permitido acceder a unos incrementos salariales anuales, superiores a los que no se benefician de la convención colectiva de trabajo. Nótese como la testigo Soraida Yopasa Yopasa, quien fue llamada por la parte demandada a rendir testimonio, misma que resulta ser contundente en explicar que la diferenciación salarial de los trabajadores obedece a su historial laboral y el régimen salarial al que pertenecían cuando el banco encartado se fusionó con otras entidades financieras, de manera que los trabajadores que venían ejerciendo el cargo de tiempo atrás, el banco enjuiciado debió respetarle las condiciones salariales que traían, a lo que sumó la existencia de un grupo de trabajadores que se beneficiaron de la convención colectiva de trabajo antes de ostentar el cargo de subgerentes operativos, a quienes se les incrementa el salario distinto a aquellos que no pertenecían a la misma.

En ese orden los trabajadores afiliados a organizaciones sindicales, beneficiarios de las Convención Colectiva de Trabajo que año a año recibieron incrementos convencionales que representan un aumento en su remuneración, en proporciones distintas a los trabajadores no convencionales, lo que de contera van generando una brecha con quien recién asumió el cargo, como lo fue el demandante.

Ahora, debe advertirse, que del dicho del demandante se puede extraer que no terminó sus estudios profesionales, contrario a alguno de los trabajadores que sí lo tienen, como es el caso de la señora Diana Maritza Vargas Pedraza, que ingresó a laborar en 1997, según certificado laboral expedido por la encartada y quien en su testimonio refirió que ser economista de la Universidad Jorge Tadeo Lozano y desempeñar el cargo de subgerente operativa y aunque dijo que realiza las mismas labores que el actor y tiene mayor antigüedad en el banco, tal aspecto no es motivo para que no devenguen salarialmente lo mismo, pero si lo es el hecho de que el actor no haya culminado sus estudios profesionales, además, dado a los beneficios convencionales que recibió y que no se hayan desmejorado sus condiciones salariales después de las fusiones que hubieron entre las distintas entidades financieras.

Ello, además, dejó en evidencia, que en su trayectoria laboral percibió incrementos salariales mayores a los que no se beneficiaban del texto convencional, luego al ser designada como subgerente operativa, es claro que su salario debía mantenerse no solo con los beneficios convencionales que desde otros cargos había adquirido, sino, además, las condiciones salariales que mantenía tras el cambio de empleador. Ese escenario de marca la diferencia salarial con el actor, que registra un ingreso desde el 30 de junio de 1999 y quien solo se benefició alrededor de 4 años, según su propio dicho; luego su situación no puede compararse a la de un trabajador que de tiempo atrás fue convencionalizado.

Legítima lo anterior que efectivamente existe una diferencia salarial entre quienes desempeñan el cargo de subgerente operativo de la demandada, la cual está justificada dado a los beneficios convencionales y derechos reconocidos a cada uno de los trabajadores con quienes se compara el actor, con antelación incluso a la fecha en que ingresó a laboral el actor. Nótese como los trabajadores tuvieron distinta trayectoria laboral e incrementos salariales diferentes marcados por los beneficios convencionales, situaciones que se observan de las certificaciones laborales agregadas por el Banco

demandado. Por tanto, la justificación que a esa diferenciación salarial entrega la demandada, encuentra asidero por fundamentarse en factores razonables como la conservación del salario que devengaba con anterioridad, beneficios convencionales percibidos y trayectoria laboral dentro del banco enjuiciado.

Colofón de lo anterior, con el escrutinio de las probaturas enunciadas, resulta fácil deducir que las personas con las que se compara el demandante, efectivamente contaban con un mayor salario, pero que tal diferenciación no puede considerarse como un trato discriminatorio, máxime cuando el empleador logró justificar la razonabilidad de la diferencia salarial. Además, el hecho de que el promotor del litigio haya ejecutado el mismo cargo y las mismas funciones frente a sus homólogos, como lo pretende hacer ver la censura con el testimonio de los señores Juan Carlos León Hernández, Fredy Steve Torres Roa y David Humberto Ávila Verano, no tiene la virtud para equiparar el salario del actor con los demás compañeros de trabajo, pues como se ha venido diciendo, el empleador demostró con suficiencia que existen factores objetivos de diferenciación para desvirtuar la presunción de que trata el numeral tercero del artículo 143 del C.S.T., encontrando que la diferencia salarial se halla plenamente justificada.

En ese horizonte, sin que haya más por decir, bastan las anteriores razones para confirmar la intelección a la que llegó el cognoscente de primer grado, pues ningún desatino incurrió al disponer la absolución de todas y cada una de las pretensiones esbozadas en la demanda.

Costas

Costas a cargo del demandante y a favor de la parte demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación que interpuso. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

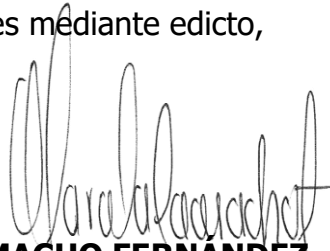
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio del 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de Itaú CorpBanca Colombia S.A. y a cargo del demandante. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

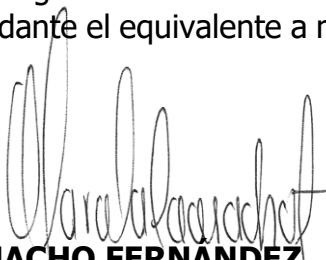


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Itaú CorpBanca Colombia S.A. y a cargo del demandante el equivalente a medio (1/2) SMMLV, esto es, la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JEFFERSON ALEXANDER ROJAS QUIROGA
Demandados: AVIANCA S.A. Y OTRAS
Radicado No.: 10-2019-00736-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA – CULPA PATRONAL - APELACIÓN DE
SENTENCIA- REVOCA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jefferson Alexander Rojas Quiroga instauró demanda ordinaria contra Aerovías del Continente Americano S.A. "Avianca S.A.", Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación y Misión Temporal LTDA, con el propósito de que se declare de manera principal que la vinculación realizada a través de Misión Temporal Ltda, por el periodo comprendido entre 1 de agosto al 23 de diciembre de 2013 y por la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, durante el 27 de diciembre del mismo año al 27 de noviembre de 2017, corresponden en la realidad a un contrato de trabajo desarrollado con Avianca S.A. Pidió que la terminación de la relación laboral realizada carece de toda validez jurídica, en virtud de la protección especial de que trata la Ley 361 de 1997, al haber sido despedido por causa de invalidez sin contar con autorización del Ministerio de Trabajo; que son responsables por la culpa patronal derivada del accidente de trabajo, ante la ausencia de elementos de labor, capacitaciones y suministro de elementos de protección personal adecuados para el desarrollo de su actividad ejecutada, ni autorización para trabajar en alturas, por lo cual deben la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Como consecuencia de ello, se ordene a Avianca S.A. el reintegro al mismo cargo que venía desempeñando por causa del despido unilateral y su discapacidad; solidariamente a las demandadas la sanción correspondiente a 180 días de salario conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social, beneficios extralegales y demás rubros dejados de percibir con ocasión a su desvinculación. Así mismo, solicitó el pago de bonificación especial, prima de vacaciones, prima de navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio extralegal de transporte, reliquidación de vacaciones, días adicionales de vacaciones no cancelados, intereses a las cesantías dobladas a título de sanción, reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social conforme a la base salarial real devengada, la cuantificación para efectos de su impacto salarial de los beneficios extralegales otorgados en especie, los cuales constituyen salario, cesantía y su sanción por no consignación ante el fondo establecido, reliquidación de prestaciones sociales,

indemnización plena y de perjuicios, salarios insolutos, cuotas de admisión, indexación e intereses moratorios.

En subsidio de lo anterior, pretendió que se declare:

- 1.1.** Que la terminación de la relación laboral que efectuó la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava surtida el 27 de noviembre de 2017, carece de toda validez jurídica, en virtud de la protección especial por el acuerdo de formalización laboral suscrito por Avianca S.A. ante el Ministerio de Trabajo en el que se comprometió a su formalización laboral.

En consecuencia, solicitó subsidiariamente a Avianca S.A., el reintegro al mismo cargo que venía desempeñando por causa del despido unilateral; solidariamente a las prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social, beneficios extralegales y demás rubros dejados de percibir con ocasión a su desvinculación; bonificación especial, prima de vacaciones, prima de navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio extralegal de transporte, reliquidación de vacaciones, días adicionales de vacaciones no cancelados, intereses a las cesantías dobladas a título de sanción, reliquidación de aportes a seguridad social conforme a la base salarial real devengada, la cuantificación para efectos de su impacto salarial de los beneficios extralegales otorgados en especie, los cuales constituyen salario, cesantía y su sanción por no consignación ante el fondo establecido, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización plena y de perjuicios, salarios insolutos, cuotas de admisión, indexación e intereses moratorios.

- 1.2.** Que, en caso de no prosperar las pretensiones declarativas de reintegro, peticona que se declare que la vinculación realizada a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, para desarrollar sus servicios personales para Avianca S.A., desde el 23 de abril de 2012 al 30 de noviembre de 2017, corresponden en la realidad a un contrato de trabajo desarrollado con esta última; y que no existió una justa causa por la cual se dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

En virtud de lo anterior, se condene a las demandadas solidariamente al pago de la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del C.S.T., indemnización por despido sin justa causa, bonificación especial, prima de vacaciones, prima de navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio extralegal de transporte, reliquidación de vacaciones, días adicionales de vacaciones no cancelados, intereses a las cesantías dobladas a título de sanción, reliquidación de aportes a seguridad social conforme a la base salarial real devengada, la cuantificación para efectos de su impacto salarial de los beneficios extralegales otorgados en especie, los cuales constituyen salario, cesantía y su sanción por no consignación ante el fondo, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización plena y de perjuicios, salarios insolutos, cuotas de admisión, indexación e intereses moratorios.

En todo caso requirió los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que Avianca S.A., para el desarrollo de sus operaciones internas, implementó un esquema de tercerización laboral

creando y contratando diversas cooperativas de trabajo a las que pasaron trabajadores de diferentes poblaciones internas de la compañía, siendo sancionada administrativamente por el Ministerio de Trabajo, así como a la cooperativa de trabajo asociado, por prácticas de intermediación laboral. Indicó que Avianca S.A., para la condonación y suspensión de la multa, optó por acogerse al denominado acuerdo de formalización laboral, sin embargo, continuó realizando acciones de tercerización y/o intermediación laboral, entre ellas con el proceso de asistencia en tierra al que se encuentra vinculado actualmente por la empresa SAI S.A.S.

Por otro lado, expuso que se vinculó a través de contrato de trabajo con la EST Misión Temporal Ltda el 1 de agosto de 2013, para desarrollar sus servicios personales en el cargo de auxiliar de asistencia en tierra para Avianca S.A., recibiendo órdenes directas y supervisión de ésta, nexa que culminó el 23 de diciembre del mismo año. Refirió que a partir del 27 de diciembre de 2013 fue vinculado a través de convenio de asociación a término indefinido con la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación, desempeñando las mismas labores a favor de Avianca S.A. Preciso que la asignación salarial para el momento de su ingreso fue de \$566.700 y un auxilio de transporte extralegal en cuantía de \$67.800, salario que se encontraba enmarcado sobre un régimen de compensaciones diseñado por la CTA.

Indicó que la cooperativa no contaba con niveles directivos, razón por la cual todas las instrucciones impartidas para el desarrollo de sus labores eran dirigidas por jefes directivos de Avianca S.A. Agregó que prestaba sus servicios en las instalaciones del aeropuerto internacional El Dorado, destinados a la operación de transporte aéreo de aviones de propiedad de esta última, bajo horarios y turnos previamente definidos, utilizando uniforme con los distintivos de la empresa e identificado con carné de esta. Señaló que mediante Resolución 877 del 27 de noviembre de 2017, la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación dio por terminado el contrato de trabajo asociativo a partir del 30 del mismo mes y año, fecha para la cual su asignación salarial correspondió a \$1.282.732.

Explicó que, durante el desarrollo de las actividades, las demandadas no le suministraron elementos de protección personal, tales como cinturones para el levantamiento de cargas y líneas de vida para el trabajo en alturas, además, entregaron deficientes elementos de protección auditiva y hubo ausencia de grúas para el levantamiento de cargas. Adiciona que tampoco brindaron de manera adecuada capacitaciones especiales para el manejo de cargas, ni contaba con programas y capacitaciones permanentes para la prevención de los riesgos laborales derivados de la actividad riesgosa de cargas que ejecutaba.

Preciso que, debido a las precarias condiciones para el desarrollo de sus actividades, le ocasionaron múltiples accidentes de trabajo que le causaron pérdida de capacidad laboral del 13.20% de origen laboral, por lo que, dada su condición de salud, la ARL expedía permanentemente restricciones y recomendaciones laborales vigentes la finalización unilateral de su contrato. Indicó que devengaba una suma fija mensual a título de compensación extraordinaria, la cual no era tomada como factor salarial, pese a que se encontraba destinada a retribuir el servicio, por ende, debía hacer parte integrante de su remuneración mensual, habitual y ordinaria.

Narró que presentó acción de tutela, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 4º Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento, quien mediante fallo de primera instancia del 25 de abril de 2018 ordenó su inmediato reintegro a Avianca S.A., con el consecuente pago de salarios, de ahí para su cumplimiento, la accionada suscribió contrato de trabajo, sin embargo, no lo materializó ni pagó concepto alguno hasta tanto no se definiera la segunda instancia. Indicó que la decisión fue revocada por el Juzgado

8 Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento, considerando la improcedencia de la acción de tutela. (Expediente digital, PDF 05ExpedienteDigital2019-736, págs. 371 a 402).

2. Contestación de la demanda

2.1. Misión Temporal Ltda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que pagó salarios y prestaciones sociales hasta la fecha de terminación de la relación laboral, esto es, 26 de diciembre de 2013. Indicó que durante la prestación del servicio que se dio por medio de un contrato de trabajo de obra o labor determinada, no se vulnera la temporalidad exigida en la Ley, sin que pueda hacerse responsable por las vinculaciones anteriores y posteriores con empresas diferentes.

Frente a los supuestos fácticos aceptó el 2.1.10 y respecto a los demás señaló no constarle o no aceptarlo. Preciso que entre el aquí actor y la EST suscribió contrato laboral, cuya fecha de inicio fue el 1 de agosto de 2013, para desarrollar el cargo de auxiliar de operaciones terrestres; lo anterior con el fin de que pudiese cumplir con el contrato comercial de prestación de servicios temporales No. MT – 246 / 05 suscrito con Avianca S.A. Adiciona que el nexo laboral finalizó por renuncia espontánea, libre de coacción y producto de la voluntad del actor.

En su defensa formuló la excepción previa de prescripción y de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de solidaridad entre la EST y Avianca S.A., inexistencia de causa para pedir, pago total de la obligación, buena fe, mala fe del demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, cesión de la facultad subordinante del actor a la empresa usuaria, trabajador en misión, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 0 10 CONTESTACIÓN DEMANDA, págs. 2 a 60).

2.2. Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones de esta, aduciendo que no ha existido relación laboral alguna con el actor, pues lo que existió fue acuerdos cooperativos de trabajo asociado aceptados y suscritos por las partes el 27 de diciembre de 2013, los cuales finalizaron mediante Resolución de retiro No. 877 del 30 de noviembre de 2017 (SIC), obedeciendo a una causal objetiva, esto es la finalización de las ofertas mercantiles suscritas con la empresa cliente que estuvo vigente hasta el día 31 de diciembre de 2017, y la imposibilidad de reubicarlo a otro cargo asociativo al interior de la Cooperativa, pues las demás ofertas mercantiles con los demás clientes se finalizaron con corte al 30 de noviembre y 31 de diciembre de 2017.

Refirió que el actor al ingreso a la Cooperativa, realizó curso de economía solidaria, requisito esencial del personal asociado, además, solicitó permisos para votación, recibió varios llamados de atención, fue llamado a rendir descargos por el incumplimiento de sus funciones asociativas, obtuvo varias felicitaciones por la labor y adicional a ello efectuó solicitud de descanso anual en los periodos del 2013 al 2017; por lo que considera que no es claro el motivo por el cual desconoce vinculación asociativa, la cual a lo largo de la misma siempre fue reconocido por el mismo.

Atinente a los hechos de la demanda aceptó los enlistados en los numerales 2.1.26, 2.1.27, 2.1.45, 2.1.46, 2.1.51., 2.1.53 y respecto a los demás señaló no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 0 13 CONTESTACIÓN SUBSANACIÓN A LA DEMANDA SERVICOPAVA, págs. 3 a 112).

2.3. Aerovías del Continente Americano S.A. "Avianca S.A." Se opuso a las pretensiones del libelo demandatorio esgrimiendo que con Misión Temporal Ltda y Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación suscribió oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos, siendo prestados estos servicios a través de sus asociados, de acuerdo con la legislación vigente, contando esa Cooperativa con plena autonomía técnica, administrativa y directiva. Refirió que nunca ha sostenido relación laboral ni de ningún tipo con el actor. Respecto de los hechos no aceptó ninguno de estos y en su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago, inexistencia de culpa patronal, inexistencia de fuero de salud e innominada.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de junio del 2022, en la que la falladora de primer grado absolvió a las demandadas de todas las pretensiones invocadas por el actor, declarando probadas las excepciones de fondo propuestas y condenando en costas a la parte actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si el actor fue trabajado subordinado de Avianca S.A., teniendo como simples intermediarias a Misión Temporal Ltda y Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación, desde el 1 de agosto de 2013 al 30 de noviembre de 2017 (SIC). Con tal propósito, citó los artículos 23 y 24 del CST, así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y con ello precisó que deben primar la realidad sobre las formas o cualquier denominación que se le haya dado por las partes respecto de cualquier contrato.

Recordó en cuanto a las empresas temporales de servicio, que estas no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria, sino, para cubrir 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. Por su parte, en lo que refiere a las cooperativas de trabajo asociado precisó que de conformidad con el Decreto 1072 de 2015, son organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector solidario que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, que contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo, para el desarrollo de actividades económicas, las cuales no se rigen por el C.S.T., sino, por la Ley 79 de 1988, Ley 1429 de 2010 y Decreto 2025 de 2011; situación que tiene su razón dado a que en el vínculo no se encuentra presente el elemento de subordinación que caracteriza el contrato de trabajo.

Bajo ese horizonte, una vez se adentra al análisis del acervo probatorio, mencionó que de conformidad con el contrato de trabajo de obra o labor, el demandante tenía conocimiento de que por virtud de la modalidad contractual, sería trabajador en misión al servicio de Avianca S.A., por el aumento de la producción y aunque en algunas de las declaraciones se habla de que aquel estuvo colaborando para Serdán, realmente el nexo se celebró con Misión Temporal S.A., en tanto que la primera es socia de la segunda. Conforme a ello, sostuvo de las pruebas recaudadas, que en efecto el actor fue trabajador en misión, pues así lo evidenciaba del mismo contrato laboral y oferta mercantil celebrada entre las codemandadas, para el suministro de personal dado al incremento de producción que había en Avianca S.A.; a lo que sumó que el lapso vinculado a la EST no superó el término de 6 meses, prorrogables por otros 6 meses.

Tras analizar el testimonio del señor Carlos Humberto Vellojín Castro refirió que, si bien señaló que el actor recibía órdenes de algunas personas, empero, no dijo porque consideraba que esas personas no debían impartir órdenes o a que empresa corresponde. Concluyó que no se lograba desvirtuar la existencia del contrato laboral de obra o labor,

para ser trabajador en misión, máxime cuando la afiliación al sistema de seguridad social integral, así como los pagos por concepto de salarios y prestaciones sociales fueron realizados por Misión Temporal S.A. y aunque el promotor de la litis manifestó que lo presionaron a renunciar, tal supuesto no logró demostración. Con fundamento en lo anterior, dijo que no se podía declarar el contrato realidad con Avianca S.A., dentro del lapso que estuvo vinculado a la empresa de servicios temporales codemandada.

Atinente al contrato realidad de la vinculación con Servicopava, evidenció medio de convicción por medio del cual el actor solicitó libremente la afiliación a la Cooperativa de Trabajo Asociado el 27 de diciembre de 2013, sin que exista prueba de que haya sido constreñido para tal efecto, quien además aceptó efectuar aportes sociales y era consciente que al celebrar el nexo contractual le implicaba realizar un aporte inicial de cuota de admisión que no era reembolsable. Observó del haz probatorio que, con antelación a la citada fecha, el gestor del proceso ya venía haciendo contactos con la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación, mismo que se encontraba preparando a través de capacitaciones, para su traslado.

Advirtió que del carné obrante en el expediente el logotipo de Avianca S.A., no obstante, consideró que allí también se hacía alusión a Servicopava, lo que ratificaba que se presentaba como trabajador asociado de la cooperativa. Agregó que se allegó oferta mercantil entre estas demandadas, mediante la cual la cooperativa asumió procesos que se hacían antes al interior de la sociedad, como eran las operaciones en tierra bajo su propia cuenta. Indicó que el actor solicitaba permisos de compensación por haber ejercido su derecho al voto al interior de la cooperativa o para asuntos personales, directamente a Servicopava y no a Avianca S.A., además que, en virtud de la terminación del contrato comercial celebrado entre estas, la Cooperativa de Trabajo Asociado decide retirar al trabajador a partir del 30 de noviembre de 2017, liquidando la compensación definitiva, de acuerdo con la reglamentación que le es propia.

Recordó que para que se pueda declarar la existencia de un contrato realidad es fundamental la demostración de subordinación dentro del proceso, aspecto que no logró evidenciar, pues no se arrió medio de persuasión tendiente a probar que Avianca S.A. ejerció proceso disciplinario en contra del actor y, por el contrario, observa que dicha potestad disciplinaria era ejercida por la cooperativa con fundamento en sus mismos reglamentos.

Con todo lo anterior, concluyó que de conformidad con el acervo probatorio no encontraba la existencia de un contrato de trabajo realidad con la citada codemandada, en tanto que el actor prestó servicios como trabajador en misión, lo cual es ajustado a la normatividad que rige las empresas de servicios temporales, quien posteriormente se vinculó a la Cooperativa de Trabajo Asociado, para prestar labores a favor de Avianca S.A., sociedad que no ejercía subordinación frente al asociado, pues quienes daban órdenes directamente a aquél eran coordinadores nombrados por Servicopava.

Reiteró que el demandante no logró acreditar que Avianca S.A. le impartiera órdenes o instrucciones para el desarrollo de la labor o le impusiera un horario y lugar de trabajo, ni que ejerciera sobre aquel un poder disciplinario, lo cual le imponían absolver de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 40AudienciaFallo20220624).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que dentro de la demanda presentada se establece como ámbito principal el análisis del contrato realidad, de tal manera, si bien la A quo realiza una valoración probatoria a los documentos aportados por el actor, dando una relevancia significativa a los mismos, lo cierto es que al haber

sido agregados por la citada parte, no eran objeto de litigio, pues de ser así no tendría asidero el libelo demandatorio que impetró. Consideró que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debió analizar más allá de lo que dice las documentales en virtud del principio de la realidad sobre las formas y no limitarse a dar una simple lectura a estos, máxime cuando tampoco efectúa un análisis probatorio a los interrogatorios de partes y testimoniales, en tanto que solo se limitó a hacer una transcripción de los mismos y no un estudio juicioso bajo la sana crítica que le corresponde a la juzgadora.

Insistió en que la juzgadora de primer grado se limitó únicamente su análisis a lo que estaba plasmado en los documentos, tal fue el caso del contrato de obra o labor que celebró con Misión Temporal Ltda, el acuerdo comercial que pactó la citada demandada y Avianca S.A., comprobantes de nómina y renuncia del demandante, cuando lo correcto era discernir de fondo sobre esa modalidad de contratación y evidenciar que el actor fue contratado para ejecutar un proceso que tiene Avianca S.A. desde el año 2003, como lo dijo el representante legal de esta. Indicó que la A quo erró al considerar que el demandante había sido contratado por un aumento en la productividad, sin antes evidenciar cuál era ese acrecimiento de acuerdo con las probanzas que debía allegar las codemandadas.

Señaló que ninguna probanza allegó la pasiva en tal sentido, por el contrario, se demostró que fue enviado en misión irregularmente, para desarrollar actividades para Avianca S.A., de las cuales no se tuvo una base jurídica sólida. Agregó que la A quo hace una apreciación errónea frente a la renuncia que presentó el trabajador a la EST, pues no se detuvo a razonar el porqué, al cabo de la finalización, fue contratado por Servicopava mediante un formato preestablecido, mismo que tampoco daba para entender que estaba plenamente convencido de querer ser asociado de la cooperativa. Sobre este último aspecto, resaltó que el trabajo asociado debe ser horizontal, por tanto, no subordinado, sin embargo, la actividad que ejerció era vertical y contenía el elemento de subordinación, pues así lo indicaron los medios de persuasión, entre ellos, el manual de operaciones terrestres el cual estaba directamente relacionado para el cumplimiento de la labor y capacitaciones presenciales que sobre ese talante realizaban al actor.

Advirtió que sobre la terminación del nexo contractual si lo direccionó Avianca S.A., en tanto, que sufrió unos accidentes laborales, se encontraba reubicado y aquella sabía que estaba en un proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, a lo que se suma un documento suscrito por la citada demandada y que se encuentra dirigido a la OPAIN donde le restringen el carné y autorización de ingreso al aeropuerto. Refirió que, aunque la A quo señaló que la tercerización laboral es válida en Colombia, no lo es cuando se hace en indebida forma, tal y como sucede en este asunto, en tanto que el proceso no se podía tercerizar dado al objeto social de la compañía, ni por las autorizaciones de la Aeronáutica, además, cuando intervino en la ejecución del proceso.

En lo que hace a la culpa patronal solicitada expuso que relaciona el evento que motiva la pretensión, eventualidad que le causó una pérdida de capacidad laboral importante, de origen laboral y con una fecha de estructuración. Advirtió que la demandada debía demostrar que le brindó la respectiva capacitación, dado que el siniestro se originó con ocasión a un movimiento de cargas, además, allegar los programas ocupacionales de salud que dieran cuenta del deber de cuidado del empleador, constancia de entrega de elementos de protección personal, programas preventivos de riesgos y constancia de los coordinadores que debían vigilar la actividad. (Expediente digital, audio 40AudienciaFallo20220624).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que en la estructuración del contrato realidad en contra de la demandada Avianca S.A., en virtud de las funciones laborales que cumplía en su desarrollo laboral, se encuentran varios aspectos para establecer evidentemente que, pese a los aspectos meramente documentales de vinculación y nómina, en la realidad cumplió con las condiciones especiales para ser considerado un trabajador de la citada demandada. Destacó que el objeto social de la encartada se encuentra establecido en su alcance, el desarrollo de las actividades de asistencia en tierra, por lo que, si bien puede considerarse en cierto aspecto legal el uso de tercerización laboral de algunos procesos y/o subprocesos empresariales, lo cierto es que por virtud de la ley no es válidamente concebible disponer la tercerización de su aspecto misionan u objeto social de la empresa.

5.2. Aerovías del Continente Americano S.A. "Avianca S.A.". En su escrito de alegaciones adujo que, dentro del trámite del debate probatorio, la parte actora no logró acreditar la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad, por el contrario, lo que realmente se determinó fue un contrato de trabajo entre el actor y Misión Temporal y un contrato de naturaleza asociativa entre el actor y Servicopava.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿La A quo erró al no colegir la existencia de una relación laboral entre el actor y Avianca S.A., fungiendo la empresa de servicio temporal y la cooperativa de trabajo asociado como simples intermediarias? Por el contrario, ¿Acierta al considerar que se cumplen los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión o como trabajador asociado?
- (i) De encontrarse positiva la respuesta al primer evento, se entrará a determinar ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos peticionados en el escrito genitor?
- (ii) Para tal efecto, ¿La suma recibida por concepto de auxilio extraordinario variable constituye factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente tenerla en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, así como los aportes al sistema de seguridad social?
- (iii) ¿Las encartadas adeudan alguna acreencia salarial o prestacional al actor en los términos solicitados en el escrito primigenio, como consecuencia de la incidencia salarial de beneficios en especie, como tiquetes, pasajes, alimentación en casino y ruta de transporte?
- (iv) Además, se determinará si ¿A la fecha de terminación del nexo contractual el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

- (v) Para tal fin deberá examinarse ¿La terminación de la relación laboral obedece a una causal objetiva y no como consecuencia de sus patologías?
- (vi) Por último, ¿A la demandada Avianca S.A. y de manera solidaria a Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación, les asiste responsabilidad a título de culpa patronal en el accidente de trabajo que trajo consigo pérdida de capacidad laboral al trabajador Jefferson Alexander Rojas Quiroga o por el contrario demostraron que actuaron con diligencia, cuidado y responsabilidad y, por tanto, el infortunio ocurrido fue por culpa exclusiva de aquel?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador 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»."

Empresas de servicio temporal

Es preciso señalar que Avianca S.A. aduce que su vinculación con el actor lo fue en calidad de empresa usuaria, al haber prestado sus servicios como trabajador en misión enviado por la empresa de servicio temporal Misión Temporal Ltda.

El Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que 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"*.

En ese sentido, su 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; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y 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 (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

"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 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 ese orden de ideas y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por Avianca S.A. en su contestación de demanda dirigido a enervar la verdadera relación laboral que laató con el aquí actor, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajador en misión enviado por empresas de servicios temporales, ello en atención que el promotor del litigio en el interregno que estuvo como trabajador en misión, ejecutó actividades en favor de la citada demandada que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, pues así se verifica de los medios de convicción de los que se extrae que la sociedad no cumplió con las disposiciones que regulan las formas propias de esta clase de vinculaciones previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 en concordancia con el parágrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006. De allí que la Sala comparta las afirmaciones de la censura tendientes a atribuirle un desatino a la

sentenciadora de primer grado, habida consideración de que se evidencia con claridad un proceso de intermediación laboral.

Lo anterior, se explica por cuanto el material probatorio aportado al proceso da cuenta que, si bien el señor Jefferson Alexander Rojas Quiroga prestó sus servicios a favor de Avianca S.A. entre el 1 de agosto al 23 de diciembre de 2013, hecho no discutido por las partes y que permitiría concluir a primera vista que no se superó el máximo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, tal cual lo indican las codemandadas y la falladora primigenia, lo cierto es que para la Sala resulta claro que dicha vinculación no se efectuó con el fin de satisfacer aumentos en la producción, ventas o en la prestación de servicios de la empresa usuaria, lo que lleva a colegir que las labores que motivaron la contratación constituyen una necesidad específica y permanente de aquella.

Se arriba a la anterior conclusión luego del análisis del acopio probatorio, pues nótese como la representante legal de Avianca S.A. así lo señaló cuando se le practicó el interrogatorio de parte, aduciendo que el servicio de *"asistencia en tierra fue tercerizado desde el año 2004, teniendo en cuenta que a nivel mundial se hizo un estudio y resultaba más fácil contratar a empresas que fueran especializadas en brindar el apoyo logístico y que contaran con la experticia para ello"*; pero además, porque aunque aquella, así como la empresa de servicio temporal manifestaron que las labores contratadas tuvieron como finalidad atender incrementos en la producción, lo cierto es que sobre tal aspecto no se allegó medio de convicción tendiente a su demostración, es decir, que la vinculación tuviera como propósito cumplir con una necesidad específica de las enunciadas en la norma, en tanto, solo se limitaron a arrimar al proceso la oferta mercantil irrevocable de prestación de servicios – MT -246/05, en la que se describe en la cláusula segunda que Misión Temporal Ltda suministrará *"personal temporal requerido para el normal desarrollo de las actividades comerciales"* de Avianca S.A. *"en los eventos previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990"*, sin que especifique o describa a cuál de ellos hace referencia o en qué consistió el argüido aumento de producción que se relata como defensa, dada a que la citada clausula fue redactada en forma abstracta y general y, en todo caso, tampoco presentaron probanzas que comparativamente permitieran evidenciarlo.

Así las cosas, la juez de primer grado incurrió en el yerro endilgado al concluir que las actividades que desarrollaba el trabajador correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como incrementos en la producción o en los servicios, pues como ya se dijo, la parte demandada no allegó medio de convicción con miras a demostrar tal circunstancia, dejando evidencia, que su vinculación laboral fue un requerimiento permanente de la entidad usuaria, por tanto, debía ser atendido con trabajadores directamente vinculados por ella; de tal manera que, pese a que el periodo en que estuvo el demandante ejecutando su actividad laboral no quebrantó los límites temporales de seis (6) meses, prorrogables hasta por seis (6) meses más, no se puede perder de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio tampoco permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que llevan a concluir que el promotor de la litis fue vinculado con la accionada ante la necesidad permanente de contar con esos servicios.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar al aquí demandante como trabajador en misión de la entidad usuaria, la demandada Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, Avianca S.A., se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasará a responder solidariamente.

La Sala insiste, respecto a la manifestación dada por la A quo referente a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales no excedió el límite temporal, que aquel razonamiento en nada justifica el quebrantamiento de la disposición legal que gobierna la contratación a través de trabajadores en misión, no solo por las razones antedichas, sino porque como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL3520-2018:

"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 acudir 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."

Dicho aparte transcrito de forma extensiva por la Sala, es más que suficiente para que se revoque la sentencia de primer grado, que negó la pretensión principal declarativa 1º, para en su lugar, declarar que Aerovías del Continente Americano S.A. "Avianca S.A." es la verdadera empleadora del aquí demandante y la empresa de servicio temporal actuó como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de aquel.

Cooperativa de trabajo asociado

Ahora, a quién se convocó a esta litis como extremo pasivo, esto es, Avianca S.A., se le endilga también la calidad de empleador durante el lapso que el actor estuvo vinculado a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, aduciendo aquel que esta última actuó como intermediaria con su empleador directo, situación frente a la cual las accionadas discrepan, considerando que en armonía a la normatividad que rige a las cooperativas, el demandante estuvo vinculado con la Servicopava en calidad de cooperado a través de una relación asociativa de trabajo, regida por los estatutos y regímenes de trabajo asociado, sin que exista intermediación laboral alguna para con la sociedad Avianca S.A.

Como se dijo precedentemente, para demostrar la existencia de un contrato laboral, se debe determinar si dimanen los elementos de su esencia que corresponden según el Art. 23 del C.S.T., precisando que quien alega su configuración, sólo le basta probar la prestación personal del servicio para que inmediatamente opere en su favor la presunción que establece el artículo 24 de la misma codificación, según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de dicha naturaleza.

Conforme a ello, encuentra la Sala que la parte actora señala que su relación laboral tuvo lugar en el período comprendido entre el 27 de diciembre de 2013 al 27 de noviembre de 2017. Afirmación frente a la cual la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava aduce que en efecto se presentó la prestación del servicio a su favor en el lapso allí indicado, pero que no lo fue a través de una relación laboral sino con ocasión a un acuerdo cooperativo de trabajo asociado, además, adujo que entre la Cooperativa y Avianca S.A. existió desde el año 2003 hasta julio de 2017, un contrato de prestación de servicios en la modalidad de orden mercantil y de compra de servicios, en virtud del cual de manera autónoma, independiente y autogestionaria, cubrió la totalidad de procesos y subprocesos que no están contemplados dentro de la actividad misional de la citada compañía, en la que participó el demandante.

Así mismo, se evidencia del expediente digital acuerdo cooperativo de trabajo celebrado el 27 de diciembre de 2013 entre el actor y la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, solicitud de afiliación, aceptación como asociado y autorización de descuento aportes voluntarios suscritas por las partes en la misma fecha, liquidación definitiva de compensaciones por terminación de convenio de asociación y Resolución de Retiro de Labores No. 877, mediante la cual se retira al accionante del puesto de labor asociativa a partir del 30 de noviembre de 2017, motivado en la finalización de la oferta mercantil con la empresa Avianca S.A.

Adicionalmente, descansa en el proceso comunicación adiada 27 de diciembre de 2013, a través de la cual informan al gestor de la litis que, dada a la oferta mercantil de venta de servicios firmada con Avianca S.A., iniciará a ejercer las funciones de Auxiliar de Operaciones Terrestres en el área T.H. Por último, milita certificación expedida 4 de diciembre de 2017 por la cooperativa demandada, en la que se señala que aquel desarrolló labores asociativas desde el 27 de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2017, ejerciendo el cargo de agente operaciones terrestres al momento en que finalizó el nexo.

De la documental anterior, se extrae la prestación personal del actor a favor de Avianca S.A., además, lo anterior se corrobora con los argumentos que utilizó la citada sociedad, para desvirtuar las pretensiones de la demanda, pues aquella indicó, entre otras cosas, que, en virtud de la oferta comercial celebrada entre las pasivas, los asociados de la Cooperativa de Trabajo Asociado prestaron servicios de apoyo de procesos técnicos y administrativos (contestación a los hechos enlistados en los numerales 2.1.5., 2.1.16, entre otros, respuesta a la pretensión declarativa principal 3 y hechos, fundamentos y razones de derecho). De allí que colija la Sala el motivo de la expedición del carné que lo identificaba como "AUX. OPERACIONES TERRESTRES" de Avianca S.A.-Servicopava y que por la misma razón la citada compañía haya comunicado a la Opain S.A., la prohibición de ingreso al actor a las instalaciones del Aeropuerto El Dorado y El TPA. (Expediente digital, PDF 05ExpedienteDigital2019-736, págs. 43, 45, 46, 181 a 198, 202 y 203).

Pero si lo anterior no fuese suficiente para tener por probada la efectiva prestación del servicio del actor a favor de Avianca S.A., debe decirse que este aspecto también se verifica con el dicho de la testigo Meryein Yancet Amado (abogada de Servicopava), quien señaló que dado al convenio asociativo celebrado entre aquel y la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, fue asignado a la sociedad codemandada, para desempeñar el cargo de auxiliar de equipajes, en virtud de la oferta mercantil suscrita con Avianca S.A.; situación ratificada por el testigo Carlos Humberto Vellojín Castro (compañero de trabajo), quien mencionó que el actor realiza actividades de cargue y descargue de aeronaves a favor de la citada sociedad.

De lo anterior, fluye evidente que el demandante ejecutó personalmente las actividades contratadas a favor de Avianca S.A., como lo enseñan las documentales y testimonial citadas, las cuales ofrecen claridad sobre la forma en que prestó sus servicios y que conducen a esta Corporación a tener el convencimiento de que las labores que realizó fueron en beneficio de la citada sociedad. Por tanto, ninguna dificultad probatoria existe en torno al primer elemento estructurante del contrato de trabajo.

Bajo ese contexto, como se advirtió, demostrada como está la prestación del servicio por parte del demandante al servicio de Avianca S.A., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual desde ya precisa la Sala no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el promotor del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que, como se vio, fue nulo el esfuerzo de la accionada

por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó el señor Jefferson Alexander Rojas Quiroga al ser contratado.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiario el extremo activo y es así porque lo que pretende demostrar con las documentales aportadas en la contestación de la demanda, es que celebró con la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, una oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en proceso técnicos, administrativos y operativos y, que en razón a ello, el actor formalmente tuvo la condición de asociado respecto de la Cooperativa demandada, ya que se encontraba atado al contrato asociativo celebrado el 27 de diciembre de 2013 por aquel con la citada Cooperativa. Sin embargo, analizada la prueba enunciada junto a la presunción establecida en precedencia, se concluye que éstas son insuficientes para desvirtuar el contrato de trabajo que se ha presumido, pues, aunque permiten deducir una incorporación del demandante como asociado de la cooperativa, aquello no permite colegir que las actividades cumplidas por el actor a favor de Avianca S.A. no lo hubieran sido dentro de un escenario propio de subordinación jurídica laboral.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436 de 2021, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

"una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.

(...)

a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.

(...)

la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub judice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones".

De otra parte, en la sentencia SL1089 de 2018, en un caso de similares contornos al *sub judice*, en la que la discusión no se centró en la intermediación laboral, sino en la declaratoria del contrato de trabajo con la Cooperativa de trabajo asociado, quedó dicho:

*"Al margen de lo anterior y con independencia de los resultados particulares del presente caso, conviene recordar lo dicho por la Sala en la sentencia CSJ SL, 6 dic. 2006, rad. 25713, reiterada en la CSJ SL, 26 en. 2010, rad.32623, en un asunto en el que igualmente se pretendía la declaratoria de una relación laboral con la cooperativa, **y se adocrinó que en estos eventos deba acreditarse plenamente una subordinación estrictamente laboral**, que no es dable delegarla en las empresas usuarias".*

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un *"haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta"*

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompañan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que Avianca S.A. no logró derribar la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada. La pasiva se conformó con la prueba documental, la cual, muy al contrario de las aseveraciones de la A quo, solo demuestra la vinculación formal del demandante a la cooperativa, más no la realidad en que se desarrolló la misma.

De hecho, es notorio el desacierto cuando dio relevancia al testimonio de la señora Meryein Yancet Amado, pues aunque aquella aseguró que el actor fue trabajador asociado de la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava y que en tal calidad fue remitido a Avianca S.A., también lo es que no le constó las condiciones de modo, tiempo y lugar a que debía ceñirse para ejecutar su actividad de auxiliar, pues su declaración se centró en la vinculación formal, más no la realidad en la prestación del servicio. Aunado a que, en lo que se refiere a los interrogatorios de parte, nada aportan al proceso, pues ninguna confesión de las partes absolventes se logra extraer, por el contrario, del interrogatorio de parte de la representante legal de Avianca S.A., se logra evidenciar que la cooperativa no tenía autonomía, autocontrol, y menos que hubiera sido dueña de los medios de producción.

Y es que en lo que hace a la naturaleza jurídica de las cooperativas de trabajo asociado, tiene dicho la Sala que según lo establecido en el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, compilado en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015 y lo dispuesto en la Ley 79 de 1988 en su artículo 70, son organismos sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía que vincula el trabajo de sus asociados a la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, cuya relación que surge entre trabajador cooperado y la cooperativa, no se encuentra regida por las normas laborales, sino por la

legislación cooperativa, régimen de trabajo asociado – estatutos- y de compensaciones, toda vez que sus asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador, tal y como lo dijo la H. Corte Constitucional en sentencia C-211 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien en virtud de las disposiciones antes referidas la cooperativa demandada vinculó al demandante como asociado a la misma, en razón al convenio celebrado por Avianca S.A., llama la atención de la Sala que lejos de cumplir el señor Jefferson Alexander Rojas Quiroga su papel de asociado para el desarrollo del respectivo acuerdo, pues los medios de persuasión indican que se encontraba bajo la continuada subordinación y dependencia de la citada sociedad, quien impartía órdenes en cuanto a tiempo y cantidad de trabajo, tal y como da cuenta la prueba testimonial que allegó la parte actora, esto es, la declaración del señor Carlos Humberto Vellojín Castro, compañero de trabajo y quien, contrario a lo señalado por la A quo, no desvirtuó, menos con la contundencia requerida, que el promotor del proceso ejerciera su actividad personal a favor de la demandada de manera autogestionaria o con autonomía, autodeterminación, autogobierno e independencia. Por el contrario, narró que aquel recibía órdenes de los supervisores de Avianca S.A. y Servicopava, estos últimos dirigidos por la citada sociedad; prestación del servicio que se realizó dentro de las instalaciones de ésta, utilizando equipos, herramientas e instrumentos suministrado por la compañía, quien, además le suministraba la alimentación en el casino.

En este punto, resulta oportuno precisar que el apoderado de la demandada oportunamente formuló tacha de sospecha contra el citado testigo de la parte actora, por considerar que sus afirmaciones pueden ser parcializadas, ya que presentó demanda en contra de las mismas accionadas, con fundamento en los mismos hechos y pretensiones a la que hoy atañe el conocimiento de la Sala.

En ese sentido, el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Para ello, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, por ejemplo, por razones de parentesco, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Precisión necesaria para denotar que el deponente no tiene interés inclinado a beneficiar la causa del actor, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir de que el testigo fue claro, contundente y conteste al señalar la prestación subordinada de aquel a favor de la demandada, refiriendo el cumplimiento de horario y el sometimiento a órdenes, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaba imposibilitado para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fue su compañero de trabajo, desempeñando el mismo cargo, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de la prestación del servicio del actor.

Ahora, para abundar en razones, cumple señalar que así se descarte el testimonio del señor Carlos Humberto Vellojín Castro, la conclusión no sería diferente, pues nótese que no obra prueba alguna que permita a esta Corporación concluir que el actor actuó siguiendo las orientaciones de la cooperativa, por manera que, atendiendo el principio de la primacía de la realidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de

Colombia y según ha sido criterio pacífico de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, acreditado que la persona natural o jurídica que contrata una cooperativa de trabajo para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinado bien a su favor, ejerce subordinación sobre los trabajadores asociados que ejecuten las mismas en razón a un convenio o contrato con dicho carácter, se considerarán sus trabajadores, ante la presencia de los elementos configurativos de un contrato de índole laboral.

De ahí que, en el particular advierte la Sala que dada la contundencia de las pruebas allegadas al plenario, no cabe duda que no fue intención de la cooperativa de trabajo asociado tener como asociado al demandante y cumplir los fines para la cual fue constituida, por el contrario su contratación obedeció a la intención de los codemandados de obtener una ventaja indebida, como lo es, el no reconocimientos de las prestaciones y acreencias laborales que le corresponden en su calidad de empleador.

Bajo las anteriores consideraciones, debe precisarse que dispone la Ley 1233 de 2008 en su artículo 7 numeral 3, que evidenciado que una cooperativa de trabajo asociado realiza prácticas de intermediación laboral o propias de servicios temporales, el tercero contratante y dicho ente social serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado, presupuesto que se encuentra acreditado en el caso en particular, toda vez que como se dejó sentado precedentemente el actor fue vinculado a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava no para llevar a cabo el objeto de esta, si no por el contrario para desarrollar las labores que venía ejecutando desde el 1 de agosto de 2013 en Avianca S.A, bajo la continuada subordinación y dependencia.

En este punto, en lo que tiene que ver con la realización del trabajo en el lugar definido por el beneficiario del servicio, o lo referente al suministro de herramientas y materiales, acota la Sala que, entre Servicopava y Avianca S.A. se suscribieron varios contratos u otros sí al "contrato de comodato precario" en los que se le entregó a la Cooperativa a "título de comodato precario o préstamo de uso a título gratuito de la maquinaria, herramienta y enseres que se describen en el anexo 1", con el fin de cumplir la oferta mercantil suscrita con Avianca S.A., lo que deja en evidencia que los elementos de producción no eran de la Cooperativa, y en ese orden, se transgrede lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2025 de 2011 y artículo 8° del Decreto 4588 de 2006, y a la vez, resulta contrario a lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha edificado al respecto, como se puede apreciar en la sentencia SL3436-2021, en la que dijo:

"Así, se ratifica lo que esta Corte ha adocinado de forma reiterada en su jurisprudencia, en el sentido que en el marco del cooperativismo un elemento distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento"

Tampoco se puede dejar de lado que el actor ejerció un cargo ligado íntimamente a la operación diaria de Avianca S.A. y que desarrolla de manera directa su objeto social, pues conforme el certificado de existencia y representación legal se dedica al "*transporte aéreo en todas sus ramas*", en el que necesariamente para su operación debe contar con asistencia en tierra, actividad que desempeñó el actor como auxiliar al servicio directo de Avianca S.A., por manera que al pretenderse un modelo de externalización empresarial sobre actividades que por esencia corresponden a su rol empresarial, se contrarían las reglas de la experiencia y sana crítica, ello a partir de que dicha sección en realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se

preste con total independencia y autonomía, en tanto esto compromete el desarrollo funcional de la empresa y situación financiera.

De allí que es razonable inferir que Avianca S.A. también contaba con la facultad de impartir órdenes e instrucciones al actor, pues otro aspecto que se destaca es que, del referido contrato comercial, se extrae que Servicopava no actuaba con plena autonomía e independencia, al punto que sale aflore del nexo contractual el elemento subordinación que ejerció la contratante sobre los trabajadores, en tanto allí se estipula, entre otros aspectos, que la Cooperativa de Trabajo Asociado se obligaría a suministrar personal calificado, competente y ajustados al perfil requerido, quienes serían organizados en los diferentes horarios y sitios requeridos por Avianca S.A.; además, se exigía aceptar la auditoria que efectúe Avianca S.A. respecto de la calidad del servicio, para ello, esta última se comprometió a prestar colaboración, capacitación técnica y equipos, herramientas o elementos, para que los asociados puedan cumplir las labores propias de los servicios; dejando claro que vigilará el cumplimiento de la oferta y en general la ejecución de las obligaciones de ella se deriva, a través de la interventoría, *"que para el efeto será la División de Talento Humano. Dicha área será la encargada de controlar y supervisar la correcta prestación del servicio (...)"*

De lo expuesto fluye equívoca la conclusión a la que llegó el cognoscente de instancia, al no inferir que la cooperativa de trabajo fungió como una entidad de suministro de personal, desdibujándose los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de una relación cooperativa. Ahora, el hecho de que el actor haya ingresado a la Cooperativa a través de su propia solicitud, el que hubieran recibido compensaciones en vez de salario y que se evidencian algunas capacitaciones por parte de Servicopava, no acarrea que la prestación del servicio se haya desarrollado de manera autónoma, ya que de la prueba documental y testimonial atrás referida se desprende que prestaron sus servicios en favor de Avianca S.A. quien le determinaba los turnos.

No sobra precisar que Avianca S.A. al igual que Servicopava fue sancionada por parte del Ministerio del Trabajo mediante Resolución No 2017001587 del 31 de agosto de 2017, por irregularidades en la tercerización laboral, desnaturalizando completamente la supuesta relación que como asociado tenía el actor, cobrando fuerza la posición de la censura, según la cual, la relación existente entre el actor y la cooperativa enjuiciada sólo fue formal, pues en el plano material aquella solo fungió como empresa dedicada al suministro de personal, función para la cual no estaba autorizada, pues no tiene la naturaleza de Empresa de Servicios Temporales.

Debe decirse, además, que el hecho de que el promotor del juicio formalmente haya tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad haya firmado un formato sometiendo a lo dispuesto en los estatutos de la cooperativa, no significa que deba tenerse como cooperado, descartando la existencia de la relación laboral, pues precisamente allí es donde toma mayor relevancia el principio de la realidad sobre las formalidades, máxime cuando en el sub lite no obra probanza alguna de que aquel en calidad de asociado hubiere participado en la toma de decisiones respecto de los excedentes que genere la cooperativa u otros aspectos propios del trabajo autogestionario, sin que la simple participación formal en el ingreso de asociados, tenga la entidad suficiente para que esta Sala descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de las demandadas para argumentar que se trató de un vínculo cooperado carente de subordinación resulta desatinado cuando el material probatorio demuestra que la actividad personal no se ejecutó con autogestión y autonomía, sino con las características propias de una relación de naturaleza laboral,

esto es, en desarrollo de una actividad misional, dependiente o subordinada, por un largo periodo de tiempo, en el lugar y horario asignado por Avianca S.A.

De hecho, el caudal probatorio apunta a desdibujar el contrato comercial que suscribieron las enjuiciadas, observando la Sala que Servicopava no actuó como un genuino empresario en la ejecución del nexo contractual, en la medida que suministró la mano de obra para la sociedad demandada, es decir, tan solo fue un simple intermediario, pues no ejecutó la actividad a su cargo con sus propios medios, ni gozó de autonomía técnica y directiva que le permitiera lograr la prestación del servicio a que se obligó, tampoco tuvo dirección y manejo del personal que se valió para la ejecución de los trabajos pactados. Por el contrario, la contratante, ejerció subordinación jurídica, específicamente, frente al trabajador demandante, pues así lo evidenciaron los medios de persuasión que se anotaron.

Del análisis efectuado concluye la Sala que la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T., tampoco fue infirmada por la pasiva, quedando en evidencia que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada; de allí que esta razón sume para que no se pueda avalar la inferencia de la Juzgadora de primer grado, máxime cuando es claro que Jefferson Alexander Rojas Quiroga, prestó sus servicios personales por más de 4 años continuos, en lugares asignados por la accionada, actividad que no sobra recordar es esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía y bajo una continuada subordinación jurídica.

En tal sentido, se **REVOCARÁ** en su integridad la sentencia recurrida, para en su lugar declarar la existencia del vínculo laboral que pregonan el promotor de la Litis.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 1 de agosto de 2013 al 27 de noviembre de 2017. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que, según se evidencia de la documental, no mediaron interrupciones superiores a 30 días, existiendo un vínculo lineal entre las partes desde el 1 de agosto de 2013 (CSJ Sala Laboral Rad 36897/10, Rad. 47590/16 y SL981/19).

El extremo final tampoco presenta complejidad, pues es la misma parte pasiva quien acepta los extremos temporales y anexa la Resolución No. 877 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual se retira al trabajador, por tal razón, en lo que concierne a la fecha de terminación del vínculo laboral lo será dicha data.

Salario

En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios, se observa que al plenario se allegaron por la parte demandante compensación ordinaria y extraordinaria mensual y certificación expedida por Servicopava. Por su parte, la demandada Misión Temporal LTDA, allegó contrato individual de trabajo y Otrosí al mismo, mientras que la demandada Servicopava adosó histórico asociado en el que se detalla los valores recibidos por el trabajador. Las citadas documentales dan cuenta que durante los periodos allí señalados el señor Jefferson Alexander Rojas Quiroga percibió las siguientes sumas de dinero:

MES	SALARIO BÁSICO	COMPENSACIÓN EXTRAORDINARIA	INCAPACIDAD MÉDICA	LICENCIA REMUNERADA	RECARGO NOCTURNO	TIEMPO SUPLEMENTARIO DIURNO ORDINARIO	COMPENSACIÓN DESCANSO	FESTIVO SIN COMPENSAR Y COMPENSADO	TIEMPO SUPLEMENTARIO DIURNO FESTIVO
ago-13	\$ 589.500								
sep-13	\$ 589.500								
oct-13	\$ 589.500								
nov-13	\$ 722.520								
dic-13	\$ 589.500								
ene-14	\$ 616.000	\$ 106.520			\$ 5.005			\$ 18.063	
feb-14	\$ 533.866	\$ 92.318	\$ 49.733		\$ 49.607			\$ 68.910	
mar-14	\$ 554.400	\$ 108.483	\$ 56.267		\$ 29.699			\$ 56.391	
abr-14	\$ 574.933	\$ 112.502	\$ 58.734		\$ 37.594			\$ 40.555	
may-14	\$ 513.333	\$ 100.448	\$ 109.866		\$ 42.857			\$ 117.117	
jun-14	\$ 513.333	\$ 100.448	\$ 136.289		\$ 36.606			\$ 64.324	
jul-14	\$ 554.400	\$ 108.484	\$ 85.100		\$ 36.166			\$ 131.686	
ago-14	\$ 513.333	\$ 100.448	\$ 61.067		\$ 40.333			\$ 38.484	
sep-14	\$ 410.667	\$ 80.358	\$ 56.400		\$ 46.917	\$ 3.867		\$ 154.665	
oct-14	\$ 595.467	\$ 116.519			\$ 39.119			\$ 38.553	
nov-14	\$ 533.867	\$ 104.465	\$ 41.067		\$ 52.707			\$ 42.965	
dic-14	\$ 554.400	\$ 108.483	\$ 20.533		\$ 52.095			\$ 122.143	
ENERO A DICIEMBRE DE 2015	\$ 644.350								
ene-16	\$ 643.492	\$ 69.102			\$ 10.611		\$ 452.625	\$ 43.145	
feb-16	\$ 643.492				\$ 4.676			\$ 96.383	
mar-16	\$ 574.546	\$ 80.651	\$ 94.260		\$ 3.340			\$ 35.717	
abr-16	\$ 482.619	\$ 88.009	\$ 192.852		\$ 12.447			\$ 258.566	
may-16	\$ 551.565	\$ 100.582	\$ 52.860		\$ 8.108	\$ 32.565		\$ 53.624	\$ 10.733
jun-16	\$ 597.528	\$ 108.964	\$ 91.928		\$ 12.566			\$ 59.729	
jul-16	\$ 413.673	\$ 75.437	\$ 293.936		\$ 8.405			\$ 40.453	
ago-16	\$ 298.764	\$ 54.482	\$ 206.838	\$ 217.382	\$ 4.042			\$ 59.492	
sep-16	\$ 183.855	\$ 33.527	\$ 321.747		\$ 6.277			\$ 83.437	
oct-16			\$ 745.700		\$ 24				
nov-16	\$ 229.818	\$ 41.910	\$ 413.675	\$ 54.346					
dic-16	\$ 459.637	\$ 83.818	\$ 137.891	\$ 27.173	\$ 9.332			\$ 47.552	
ene-17	\$ 565.583	\$ 59.390	\$ 98.362		\$ 11.829				
feb-17	\$ 49.181	\$ 5.165	\$ 357.815		\$ 2.378			\$ 47.552	
mar-17	\$ 295.087	\$ 30.987	\$ 439.963	\$ 54.346	\$ 4.731				
abr-17	\$ 516.402	\$ 87.038	\$ 221.316		\$ 11.541			\$ 62.715	
may-17	\$ 491.812	\$ 82.893	\$ 245.907		\$ 23.848			\$ 100.573	
jun-17	\$ 368.859	\$ 62.169	\$ 344.272	\$ 28.736	\$ 2.514				
jul-17	\$ 319.677	\$ 53.881	\$ 418.042	\$ 28.736	\$ 7.480				
ago-17	\$ 393.449	\$ 66.315	\$ 319.681	\$ 28.736	\$ 7.543			\$ 50.287	
sep-17	\$ 614.764	\$ 103.617	\$ 122.954		\$ 7.191			\$ 21.498	
oct-17	\$ 319.677	\$ 53.881	\$ 442.633		\$ 47.282			\$ 93.390	
nov-17			\$ 737.719		\$ 21.749				

Ahora bien, el demandante solicita que la compensación extraordinaria tenga carácter salarial, en virtud de que era retributiva de sus servicios. En lo atinente a determinar si aquella suma tiene incidencia salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes,

tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo..."

Señala además la CSJ que *"aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."*

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

En línea con lo expuesto y de acuerdo con el acervo probatorio arrimado al informativo, evidencia la Sala que el actor percibió aparte de su salario básico un auxilio extraordinario variable, el cual, según el acuerdo complementario al convenio de asociación, no constituía compensación, ello en armonía a la cláusula primera, misma en que las partes dejaron por sentado que:

"CLÁUSULA PRIMERA: A partir del 01 de enero de 2014, EL TRABAJADOR ASOCIADO recibirá el "Auxilio cooperativa extraordinario variable, NO constitutivo de compensación en los términos del artículo 22 del Régimen de Compensaciones de la COOPERATIVA, y que estará atada al cumplimiento de las metas establecidas semestralmente en el tablero de control del proceso, con base en el plan de incentivos establecidos por la COOPERATIVA en ejecución del proceso a su cargo, con a lo siguiente: El "Auxilio cooperativo extraordinario variable" se reconocerá en forma semestral, de acuerdo al porcentaje de cumplimiento de las metas socializadas entre la COOPERATIVA y EL TRABAJADOR ASOCIADO para el correspondiente semestre."

Sin embargo, pese al citado pacto de exclusión salarial suscrito entre las partes, para la Sala, se trata de un pago de naturaleza salarial, no sólo por la habitualidad y frecuencia con lo que percibió el actor, sino especialmente porque no se allegó prueba tendiente a descartar que se trató de una remuneración como contraprestación directa del servicio o que la suma percibida tampoco pretendía enriquecer el patrimonio y beneficiar al actor, menos aún a que correspondía a una necesidad específica que estaba implícita para que pudiese cumplir con la prestación del servicio.

Por lo dicho, considera la Sala que, a pesar de que las partes excluyen la incidencia salarial del auxilio recibido, el mismo realmente remunera el servicio al señor Jefferson Alexander Rojas Quiroga, ello en atención a la falta de prueba que demuestre lo contrario.

Así las cosas, es claro que la cláusula debe ser declarada ineficaz y estimar que el auxilio extraordinario variable constituye factor salarial, se impone su cómputo a la hora de liquidar las acreencias laborales del actor, derechos que al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 y 14 del C.S.T. son irrenunciables y autorizan a esta Sala a desconocer el efecto de los pactos que fueron suscritos al respecto.

Por consiguiente, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en los anteriores medios probatorios, mismos que no fueron objeto de tacha de falsedad, tampoco desconocidos por las accionadas; sin embargo, para los periodos restantes, como quiera que ninguna probanza adicional se aportó con la que se verifique el monto salarial, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

MES	SALARIO BÁSICO	COMPENSACIÓN EXTRAORDINARIA	INCAPACIDAD MÉDICA	LICENCIA REMUNERADA	RECARGO NOCTURNO	TIEMPO SUPLEMENTARIO DIURNO ORDINARIO	COMPENSA CIÓN DESCANSO	FESTIVO SIN COMPENSA R Y COMPENSA DO	TIEMPO SUPLEMENTARIO DIURNO FESTIVO	TOTAL SALARIO PROMEDIO
ago-13	\$ 589.500									\$ 589.500
sep-13	\$ 589.500									\$ 589.500
oct-13	\$ 589.500									\$ 589.500
nov-13	\$ 722.520									\$ 722.520
dic-13	\$ 589.500									\$ 589.500
TOTAL SALARIO PROMEDIO AÑO 2013										\$ 616.104
ene-14	\$ 616.000	\$ 106.520			\$ 5.005			\$ 18.063		\$ 745.588
feb-14	\$ 533.866	\$ 92.318	\$ 49.733		\$ 49.607			\$ 68.910		\$ 794.434
mar-14	\$ 554.400	\$ 108.483	\$ 56.267		\$ 29.699			\$ 56.391		\$ 805.240
abr-14	\$ 574.933	\$ 112.502	\$ 58.734		\$ 37.594			\$ 40.555		\$ 824.318
may-14	\$ 513.333	\$ 100.448	\$ 109.866		\$ 42.857			\$ 117.117		\$ 883.621
jun-14	\$ 513.333	\$ 100.448	\$ 136.289		\$ 36.606			\$ 64.324		\$ 851.000
jul-14	\$ 554.400	\$ 108.484	\$ 85.100		\$ 36.166			\$ 131.686		\$ 915.836
ago-14	\$ 513.333	\$ 100.448	\$ 61.067		\$ 40.333			\$ 38.484		\$ 753.665
sep-14	\$ 410.667	\$ 80.358	\$ 56.400		\$ 46.917	\$ 3.867		\$ 154.665		\$ 752.874
oct-14	\$ 595.467	\$ 116.519			\$ 39.119			\$ 38.553		\$ 789.658
nov-14	\$ 533.867	\$ 104.465	\$ 41.067		\$ 52.707			\$ 42.965		\$ 775.071
dic-14	\$ 554.400	\$ 108.483	\$ 20.533		\$ 52.095			\$ 122.143		\$ 857.654
TOTAL SALARIO PROMEDIO AÑO 2014										\$ 812.413
ENERO A DICIEMBRE DE 2015	\$ 644.350									\$ 644.350
TOTAL SALARIO PROMEDIO AÑO 2015										\$ 644.350
ene-16	\$ 643.492	\$ 69.102			\$ 10.611		\$ 452.625	\$ 43.145		\$ 1.218.975
feb-16	\$ 643.492				\$ 4.676			\$ 96.383		\$ 744.551
mar-16	\$ 574.546	\$ 80.651	\$ 94.260		\$ 3.340			\$ 35.717		\$ 788.514
abr-16	\$ 482.619	\$ 88.009	\$ 192.852		\$ 12.447			\$ 258.566		\$ 1.034.493
may-16	\$ 551.565	\$ 100.582	\$ 52.860		\$ 8.108	\$ 32.565		\$ 53.624	\$ 10.733	\$ 810.037
jun-16	\$ 597.528	\$ 108.964	\$ 91.928		\$ 12.566			\$ 59.729		\$ 870.715
jul-16	\$ 413.673	\$ 75.437	\$ 293.936		\$ 8.405			\$ 40.453		\$ 831.904
ago-16	\$ 298.764	\$ 54.482	\$ 206.838	\$ 217.382	\$ 4.042			\$ 59.492		\$ 841.000
sep-16	\$ 183.855	\$ 33.527	\$ 321.747		\$ 6.277			\$ 83.437		\$ 628.843
oct-16			\$ 745.700		\$ 24					\$ 745.724
nov-16	\$ 229.818	\$ 41.910	\$ 413.675	\$ 54.346						\$ 739.749
dic-16	\$ 459.637	\$ 83.818	\$ 137.891	\$ 27.173	\$ 9.332			\$ 47.552		\$ 765.403
TOTAL SALARIO PROMEDIO AÑO 2016										\$ 834.992
ene-17	\$ 565.583	\$ 59.390	\$ 98.362		\$ 11.829					\$ 735.164
feb-17	\$ 49.181	\$ 5.165	\$ 357.815		\$ 2.378			\$ 47.552		\$ 462.091
mar-17	\$ 295.087	\$ 30.987	\$ 439.963	\$ 54.346	\$ 4.731					\$ 825.114
abr-17	\$ 516.402	\$ 87.038	\$ 221.316		\$ 11.541			\$ 62.715		\$ 899.012
may-17	\$ 491.812	\$ 82.893	\$ 245.907		\$ 23.848			\$ 100.573		\$ 945.033
jun-17	\$ 368.859	\$ 62.169	\$ 344.272	\$ 28.736	\$ 2.514					\$ 806.550
jul-17	\$ 319.677	\$ 53.881	\$ 418.042	\$ 28.736	\$ 7.480					\$ 827.816
ago-17	\$ 393.449	\$ 66.315	\$ 319.681	\$ 28.736	\$ 7.543			\$ 50.287		\$ 866.011
sep-17	\$ 614.764	\$ 103.617	\$ 122.954		\$ 7.191			\$ 21.498		\$ 870.024
oct-17	\$ 319.677	\$ 53.881	\$ 442.633		\$ 47.282			\$ 93.390		\$ 956.863
nov-17			\$ 737.719		\$ 21.749					\$ 759.468
TOTAL SALARIO PROMEDIO AÑO 2017										\$ 813.922

Salario en especie

El siguiente punto que corresponde dilucidar es el atinente al salario en especie que aduce haber devengado, precisando que sobre su monto se centra la controversia, toda vez que se afirma en la demanda que adicionalmente a la remuneración básica y auxilio extralegal, al actor se le suministraba alimentación, tiquetes o pasajes, conceptos que se aduce constituyen salario en especie.

Reclamándose salario en especie, del cual hacen parte conceptos como alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministre al trabajador a su familia, sabido es conforme al artículo 129 del C.S.T., este debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo y a falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del 50% de la totalidad del salario. No obstante, en el *sub judice* no surge estipulación en tal sentido de ninguna de las cláusulas contractuales, luego no aparece acreditado que las partes hubieren acordado pago de salario en especie al iniciar el nexo contractual.

Ahora bien, como atrás se expuso, aunque ello no impide a juicio de la Sala que en el transcurso del nexo laboral las partes hubiesen acordado su pago, modificando el contrato inicialmente suscrito, empero, ningún medio de convicción arrojó el actor en esa dirección, tampoco para estimar su valoración. Por tanto, se considera que como afirmar no es probar y el gestor de la litis no cumplió con la carga de acreditar que realmente las partes pactaron salario en especie y menos aún su valor, no queda otro camino que tener como salario las sumas antes citadas.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si las demandadas actuaron de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 27 de noviembre de 2017.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedian o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores paramentos la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el 27 de noviembre de 2017, fecha en que finalizó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo tal que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías denominadas *"lumbalgia mecánica, desgarró en psoas izquierdo y hernia discal L4 – L5 y L5 – S1"*, derivadas del accidente de trabajo que tuvo como fecha de estructuración 22 de julio de 2016 y una pérdida de capacidad laboral del 13.20%, según se advierte del dictamen proferido por ARL Equidad el 29 de agosto de del mismo año (Expediente digital, PDF 05ExpedienteDigital2019-736, págs. 171 a 176).

Debe decirse que dada esas condiciones de salud se verifica por parte de la Sala de los medios de persuasión incorporados al plenario que el actor recibió tratamiento médico de forma continua por diferentes especialidades médicas, quienes expidieron incapacidades temporales y ordenaron valoración por medicina laboral y fisiatría y, en general servicios médicos, para alcanzar el grado de mejoría médica máxima, tal y como da cuenta el resumen de historia clínica utilizado para calificar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral, en la que se registró lo siguiente:

Sustentación
Trabajador quien presento accidente laboral el pasado 14/04/2015, tiene alta por médicos tratantes con secuelas establecidas por dolor y limitación parcial leve de los arcos de movilidad de la columna dorso lumbar, en el momento sin indicación de manejo quirúrgico, sin radiculopatía. Trabaja en su labor habitual con recomendaciones medico laborales que limitan algunas tareas primarias y secundarias de su labor, pronóstico funcional y ocupacional favorable con recomendaciones, es independiente y autosuficiente en ABC y AVD.

Llama la atención de la Sala que del citado acopio probatorio se evidencia que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que se allegaron múltiples recomendaciones laborales, informes de reubicación por condición médica, programas de pausas activas expedidas

tanto por la ARL Equidad como por Servicopava (Expediente digital, PDF 05ExpedienteDigital2019-736, págs. 33, 34, 177 a 204), cuyo propósito fue la de evitar la progresión de las patologías diagnosticadas y ayudar en el proceso de rehabilitación, sugiriendo implementar, para su actividad laboral lo siguiente:

- "1. Alternar posturas bípeda y sedente (de pie y sentado).*
- 2. Manipulación, levantamiento y transporte de carga sin ayuda mecánica hasta 10 kg.*
- 3. Permitir pausas activas cada dos horas para realizar estiramiento de músculos de los miembros inferiores y columna vertebral.*
- 4. Se recomienda evitar actividades que impliquen caminatas largas, correr, saltar, desniveles.*
- 5. Evitar actividades que requieran posturas en cuclillas, arrodillado o agachado por periodos prolongados.*
- 6. Puede realizar laborales disminuyendo las actividades de flexión forzada continua y permanente para su columna lumbar.*
- 7. Se recomienda evitar actividades que impliquen subir y bajar escaleras de forma recurrente.*
- 8. Se recomienda evitar actividades con cambios climáticos extremos (frio).*
- 9. Uso de botas de protección de bajo peso, suaves para las labores.*
- 10. Asistir a control por Medicina Laboral ARL, terapia y fisioterapia.*
- 11. Extender el seguimiento de las recomendaciones al ambiente extralaboral.*

Las medidas anteriormente enunciadas buscan continuar al proceso de rehabilitación integral. El trabajador debe continuar acatando las órdenes y el cumplimiento cabal de la labor que sea asignada por el empleador, luego de evaluar las presentes recomendaciones." (Recomendación laboral del 5 de julio de 2017, dada por un término de 6 meses)

Debe tenerse en cuenta, además que, según el haz probatorio, a la fecha del desahucio laboral el actor no solo tenía vigente la recomendación laboral antes descrita, sino, tenía vigente incapacidad médica, la cual fue otorgada por la Nueva EPS del 2 de noviembre al 1 de diciembre de 2017.

Todo lo cual permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impiden o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la finalización del contrato laboral aquel se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud, además, que para el momento del desahucio se encontraban vigentes recomendaciones laborales que habían sido expedidas por la ARL y estaban dirigidas a Servicopava y, estaba gozando de incapacidad médica laboral; (iii) Lo anterior, ratifica que las patologías diagnosticadas eran de conocimiento de las demandadas, más aún cuando la prestación del servicio a favor de Avianca S.A. fue interrumpido dada la expedición de la licencia médica al trabajador; acotando (iv) que el accidente de trabajo le causó una pérdida de capacidad laboral del 13.20%, patologías que continuaron con su tratamiento médico respectivo, las cuales, tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, dado que alteraron las condiciones de trabajo; (vii) por manera que surge diáfano que el problema de salud por parte del trabajador determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que las demandadas en ningún momento desvirtuaron esta circunstancia ni esgrimieron un argumento razonable y objetivo, pues el motivo que dio lugar a la finalización del nexo contractual por parte de Servicopava y que es relatado en la Resolución No. 877 del 27 de noviembre de 2017, para este Colegiado debe ser descartado dada la condición de verdadero empleador de Avianca S.A. que se encontró en este proceso; (vii) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que además el contrato de trabajo se terminó de forma unilateral y sin justa causa.

De este modo, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba al señor Jefferson Alexander Rojas Quiroga y en tal virtud corresponderá declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo.

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a determinar las consecuencias del reintegro, además, se entrará a verificar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada a Jefferson Alexander Rojas Quiroga, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

En tal virtud, debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que el gestor de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **25 de octubre del 2019**. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, incentivo por no ausentismo, auxilio educativo, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y sanción por la no consignación de cesantías **exigibles** con anterioridad al **25 de octubre del 2016**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020) y teniendo en cuenta que el mismo continua vigente se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**. Dicha suerte correrá también el **reintegro** y la **indemnización por de los 180 días por situación de discapacidad**, si se atiende a que los efectos definitivos de la restitución que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 27 de noviembre de 2017, pero como la demanda fue interpuesta el **25 de octubre del 2019**, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarará probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **25 de octubre del 2015**.

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$3.287.778** por concepto de auxilio de cesantía entre el 1 de agosto de 2013 al 27 de noviembre de 2017, la cual se deberá consignar en el fondo de cesantías en el cual se encuentre afiliado el actor o en caso de no existir afiliación en el que escoja el accionante. Si dentro de los quince días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el promotor de la litis no hiciere elección del fondo de cesantías, el demandado queda facultado para consignar los aportes respectivos al fondo de cesantías que la pasiva a bien tenga.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2013	\$ 616.104	\$ 0	\$ 616.104	150	\$ 256.710
2014	\$ 812.413	\$ 0	\$ 812.413	360	\$ 812.413
2015	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	360	\$ 644.350
2016	\$ 834.992	\$ 0	\$ 834.992	360	\$ 834.992
2017	\$ 813.922	\$ 0	\$ 813.922	327	\$ 739.313
Total Auxilio de cesantías					\$ 3.287.778

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$180.784** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días liquidados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2013	Prescritas			
2014				
2015				
2016	ene-17	360	\$ 834.992	\$ 100.199
2017	Terminación de la relación laboral	327	\$ 739.313	\$ 80.585
Intereses a las cesantías				\$ 180.784

Sanción por no pago de intereses a las cesantías

Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, y como quiera que no fue cancelado en término ni a la culminación del laborío los intereses a las cesantías a los que tenía derecho la aquí demandante, se condenará a la llamada a juicio al pago de **\$180.784** a título de indemnización.

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$1.332.798** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 1 de mayo de 2006				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
18/08/2013 AL 17/08/2014	18/08/2015	PRESCRITA		
18/08/2014 AL 17/08/2015	18/08/2016	\$ 813.922	360	\$ 406.961
18/08/2015 AL 17/08/2016	18/08/2017	\$ 813.922	360	\$ 406.961
18/08/2016 AL 17/08/2017	TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL	\$ 813.922	360	\$ 406.961
18/08/2017 AL 27/11/2017	TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL	\$ 813.922	99	\$ 111.914
Total vacaciones				\$ 1.332.798

Valga precisar que si bien es cierto en el régimen de compensaciones se establece en el artículo 10 las prestaciones cooperativas, y en aquella se detalla la descanso anual Cooperativo, debe decirse que la misma es un ahorro que se acumula en un fondo mensualmente por el asociado, cuya deducción mensual es de la asignación devengada mensualmente, tal como se desprende de los desprendibles de pago, razón por la cual, tal prestación no reemplaza las vacaciones aquí condenadas, ya la misma de conformidad con el CST es a cargo del empleador.

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$1.125.481** por concepto de prima de servicios exigible hasta el 27 de noviembre de 2017.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
2013	PRESCRITA				
2014					
2015					
jun-16					
dic-16	\$ 758.771	\$ 0	\$ 758.771	180	\$ 379.386
jun-17	\$ 778.827	\$ 0	\$ 778.827	180	\$ 389.414
nov-17	\$ 856.036	\$ 0	\$ 856.036	150	\$ 356.682
Total Prima de servicio					\$ 1.125.481

Valga precisar que si bien es cierto en el régimen de compensaciones se establece en el artículo 10 las prestaciones cooperativas, y en aquella se detalla la prima semestral, debe decirse que la misma es un ahorro que se acumula en un fondo mensualmente por el asociado, cuya deducción mensual es de la asignación devengada mensualmente, tal como se desprende de los desprendibles de pago, razón por la cual, tal prestación no reemplaza la prima aquí condenada, ya la prima de servicios del CST es a cargo del empleador.

Reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones

Ahora, como las pretensiones principales condenatorias enlistadas en los numerales 14º y 23º se reducen a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones incluyendo el auxilio extraordinario variable, es claro que no puede salir avante condena alguna sobre este pedimento, en tanto que ya fue aplicado su factor salarial sobre las acreencias laborales que fueron liquidadas con anterioridad, no siendo por tanto dable impartir doble condena sobre un mismo emolumento como mal lo pretende el apelante.

Descuentos por concepto de admisión y cuotas mensuales del 5%

Ahora bien, en virtud a que pretende el demandante se condene a la enjuiciada al reembolso de los descuentos efectuados por concepto de admisión y cuotas mensuales

del 5%, cumple recordar que, según lo dispone el numeral 1º del artículo 149 del C.S.T. el empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial, luego por expresa disposición legal se prohíbe al empleador realizar descuentos sin la autorización del trabajador so pena de ostentar el carácter de ilegal, razón por la cual la empresa debe descontar sólo aquellos valores procedentes, y en caso de no estar contemplados por ley o por orden judicial, debe asegurarse de tener los documentos en los que se prueba indiscutiblemente la voluntad y autorización del trabajador.

En el caso bajo examen, observa la Sala, que no aparece medio alguno del que pueda derivarse que las demandadas efectuaban descuentos al actor, ni mucho menos su valor. En este sentido, los comprobantes de pago de compensación ordinaria y extraordinaria mensual no permiten evidenciar las deducciones que se esgrimen realizadas en el libelo demandatorio. Así las cosas, el promotor del proceso no logró demostrar los descuentos aducidos sobre los cuales pretende el reembolso, razones suficientes para absolver a las demandadas respecto de esta pretensión dirigida en su contra por la parte actora.

Plan Voluntario de Beneficios

Pretende el gestor de la litis la aplicación del Plan Voluntario de Beneficios que implementó Avianca S.A. y que se benefician los trabajadores no sindicalizados, el cual se le debe extender obligatoriamente dada la calidad encontrada en este proceso.

A efecto de determinar si le asiste el derecho al plan voluntario de beneficios deprecado, debe la Sala analizar su campo de aplicación, el cual está redactado de la siguiente manera:

1. El Plan Voluntario de Beneficios 2011 establece que:

*"**AVIANCA** pagará a sus colaboradores, además de los derechos consagrados en la Ley, los relacionados en este documento, los cuales se otorgará en función de los resultados corporativos obtenidos por el cumplimiento de los logros propuestos en los términos de este documento. El presente Plan Voluntario de Beneficios se ofrece a todos los Colaboradores, sindicalizados y no sindicalizados, que voluntariamente deseen acogerse a todas sus estipulaciones, en total plano de igualdad, sin discriminación alguna.*

El acogerse al Plan Voluntario de Beneficios de Avianca excluye a los colaboradores para pertenecer a otros regímenes de beneficios extralegales existentes en la Compañía.

Los beneficios del presente Plan tendrán vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011."

2. El Plan Voluntario de Beneficios 2015-2020 establece que:

"Nos complace informarles que la Compañía dentro del proceso de actualización de los beneficios extralegales, ha renovado el Plan Voluntario de Beneficios a partir del 1 de julio de 2015."

*"**AVIANCA** pagará a sus colaboradores, además de los derechos consagrados en la Ley, los relacionados en este documento, los cuales se otorgará en función de los resultados individuales y corporativos obtenidos por el cumplimiento de los logros propuestos en los términos de este plan, según aplique.*

El presente Plan Voluntario de Beneficios se ofrece a todos los colaboradores de tierra sindicalizados y no sindicalizados, que voluntariamente deseen acogerse a todas sus estipulaciones, en total plano de igualdad, sin discriminación alguna.

El acogerse al Plan Voluntario de Beneficios de Avianca excluye a los colaboradores para pertenecer de manera simultánea a otros regímenes de beneficios extralegales existentes en la Compañía."

Adicionalmente, el numeral 1.5., reitera la aplicación del Plan Voluntario de Beneficios a todos los Colaboradores sindicalizados y no sindicalizados de tierra, que voluntariamente deseen suscribirlo a todas sus estipulaciones, en total plano de igualdad, sin discriminación alguna. Exceptuando a los cargos nivel C – Level y Vicepresidentes.

De un análisis objetivo de las anteriores condiciones, se extrae con facilidad que ambas coinciden en que el Plan Voluntario de Beneficios aplicaría a sus trabajadores, siempre que no pertenezcan a otros regímenes de beneficios extralegales existentes en la compañía. Por manera que, no cabe duda a esta Sala que los derechos reclamados del citado instrumento apliquen de manera directa al señor Jefferson Alexander Rojas Quiroga, en tanto, tal calidad encontró demostración en este asunto, al declararse por parte de esta Sala que su verdadero empleador lo fue Avianca S.A., desde el 1 de agosto de 2013 al 27 de noviembre de 2017, al desdibujarse la legalidad y legitimidad de su vinculación con Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación y Misión Temporal LTDA, aclarando que no se acreditó que aquél ejerciera un cargo de nivel C – Level o que tuviese la condición de vicepresidente de la compañía.

Ahora, debe precisarse que, aunque al actor le es aplicable el beneficio extralegal, el Plan Voluntario de Beneficios 2011 no tiene cabida en este litis, en tanto que este aplica a relaciones laborales vigentes hasta el 31 de diciembre de 2011 y no para el personal que con posterioridad se vincule, tal y como sucede con el demandante a quien le fue declarada la existencia del nexo laboral desde el 1 de agosto de 2013.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta que el actor le es aplicable únicamente el Plan Voluntario de Beneficios 2015-2020, cuya vigencia se sitúa entre el 1 de julio de 2015 al 30 de junio de 2020, pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeudan las demandadas al señor Héctor Jefferson Alexander Rojas Quiroga.

- Bonificación especial

Verificado el Plan de Beneficios 2015-2020, no se evidencia que Avianca S.A. haya otorgado de manera voluntaria a sus trabajadores la citada bonificación especial, en razón a 15 días de salario, conforme se solicita en la pretensión principal condenatoria enlistada en el numeral 4º, de allí que se deba absolver de la misma a las encartadas.

- Prima de Vacaciones

Señala el numeral 2.1. del instrumento extralegal que:

2.1. Prima de Vacaciones

Cuando estando al servicio de la Empresa se haga uso de las vacaciones, la Empresa reconocerá una Prima de Vacaciones correspondiente a 21 días del Salario Básico.

Generalidades

- Cuando los resultados de Evaluación por Objetivos o la evaluación que haga sus veces, sean superiores al 70% y menores que el 85%, la Prima de Vacaciones será de 32 días del Salario Básico.
- Cuando los resultados sean superiores al 85%, la Prima de Vacaciones será de 37 días del salario básico.
- La base que se toma para liquidar la presente Prima será el Salario Básico devengado al momento de salir a disfrutar las vacaciones.
- Esta prima se reconocerá cuando se haya causado el periodo vacacional completo y se pagará únicamente en dinero
- En el evento que se disfruten las vacaciones fraccionadas, el valor de la Prima se cancelará en su totalidad al momento de iniciar el disfrute de las mismas.
- La Empresa reconocerá esta prima cuando las vacaciones sean compensadas en dinero, o de manera proporcional cuando se dé por terminado el contrato de trabajo por cualquier causa.
- Este beneficio no es constitutivo de salario ni tiene incidencia prestacional y no aplica para Colaboradores con Salario Integral, ni Contrato Revisado.

Así las cosas, a las encartadas le corresponderá asumir la suma de **\$1.242.828**, la cual se liquidó de manera proporcional en el último año de servicio, ello en razón a que no cumplió con todo el tiempo laborado. No obstante, como al aquí trabajador se le está ordenando el reintegro a su lugar de trabajo, lo anterior no obsta para que causado el derecho le sea reconocida la prima de vacaciones con posterioridad al 27 de noviembre de 2017. Debiéndose precisar por la Sala, que para efectos de su liquidación no se tomaron 32 y 37 días del salario básico, en razón a que no se demostró los resultados de evaluación por objetivos superiores al 70% y 85% respectivamente.

Prima de vacaciones					
Prima de vacaciones	Causación	Días laborados	Salario Básico	21 Días de salario	Valor completa y proporcional
18/08/2013 AL 17/08/2014	18/08/2015	Prescrita			
18/08/2014 AL 17/08/2015	18/08/2016				
18/08/2015 AL 17/08/2016	18/08/2017	360	\$ 813.922	21	\$ 516.402
18/08/2016 AL 17/08/2017	27/11/2017	360	\$ 813.922	21	\$ 569.746
18/08/2017 AL 27/11/2017	27/11/2017	99	\$ 813.922	21	\$ 156.680
Total Prima de vacaciones					\$ 1.242.828

- Prima de navidad

Indica el artículo 2.2. del texto extralegal que:

2.2. Prima de Navidad

La Empresa entregará a los beneficiarios del presente plan, una Prima de Navidad correspondiente a 26 días del Salario Básico, en la primera quincena del mes de

diciembre de cada año. Esto, en la medida que se labore en forma continúa doce (12) meses, contados desde el 1º de diciembre del año inmediatamente anterior.

Generalidades

- Cuando los resultados en la Evaluación por Objetivos o la evaluación que haga sus veces sean superiores al 70% y menores que el 85%, la Prima de Navidad será de 37 días del Salario Básico.
- Cuando los resultados sean superiores al 85%, la Prima de Navidad será de 42 días del Salario Básico.
- La base para liquidar la presente Prima será el Salario Básico devengando al 1º de diciembre, del mismo año en que se paga la Prima.
- La Empresa pagará la Prima de Navidad de manera proporcional al tiempo de servicio en ese año, siempre y cuando se haya ingresado a la Compañía antes del 1º de octubre del respectivo año.
- Este beneficio no es constitutivo de salario ni tiene incidencia prestacional y no aplica para Colaboradores con Salario Integral, ni Contrato Revisado.

Con fundamento en el citado beneficio, es claro que dicha prestación debe ser cancelada de manera proporcional al tiempo de servicio durante el último año de servicio, por manera que le corresponderá asumir a las encartadas la suma de **\$1.319.328**. Hay que aclarar que tampoco se demostró en juicio resultados de evaluación por objetivos superiores al 70% y 85%, para haber sido incrementada en razón a 37 y 42 días respectivamente.

Prima de navidad				
Prima de servicios extralegal	Salario Básico	26 días de salario	Días por liquidar	Valor prima de navidad completa y proporcional
dic-13	Prescritas			
dic-14				
dic-15				
dic-16	\$ 765.403	26	360	\$ 663.349
nov-17	\$ 759.468	26	356	\$ 655.979
Total				\$ 1.319.328

- Bonificación por antigüedad

Refiere el numeral 2.3. del instrumento legal que:

2.3. Bonificaciones por antigüedad

La Empresa para quienes cumplan 5, 10, 15, 20, 25, 30 y 35 años de servicios continuos, otorgará por una sola vez las siguientes concesiones:

Años servicio	Días vacaciones	Pasajes
5	8	2
10	11	2
15	16	2
20	16	2
25	16	2
30	16	2
35	16	2

Generalidades

Si es voluntad del colaborador, los días de vacaciones podrán ser compensados en dinero, tomando como base el último salario devengado. En caso de optar por el pago en dinero, esta bonificación no será constitutiva de salario y no tendrá incidencia prestacional. Si transcurridos 3 años desde el reconocimiento del

beneficio, no son disfrutados los días de vacaciones, la Compañía procederá automáticamente a la compensación en dinero de los días de vacaciones reconocidos por este concepto. La Empresa al momento del retiro del colaborador, por cualquier causa, reconocerá el respectivo beneficio en forma proporcional al tiempo transcurrido en el mencionado lustro.

El beneficio de tiquetes podrá ser obtenido durante los tres (3) años siguientes al retiro de la Compañía, mediante solicitud escrita a la Empresa, como también transferirlos al grupo familiar que dependan de él (inscrito en la hoja de vida) y que estén contemplados dentro de las reglamentaciones vigentes.

Para los trabajadores que actualmente tienen el esquema de Contrato Revisado o Salario Integral, la Compañía les reconocerá únicamente el beneficio de pasajes o tiquetes.

Este beneficio no es constitutivo de salario ni tiene incidencia prestacional

Para su reconocimiento, en términos del numeral 2.3., se requiere que el trabajador por lo menos haya laborado 5 años continuos, aspecto que no encuentra demostración, entre tanto, el actor tuvo un tiempo servido de 4.32 años, si se atiende a los extremos temporales de la relación laboral. No obstante, como al aquí trabajador se le está ordenando el reintegro a su lugar de trabajo, lo anterior no obsta para que causado el derecho le sea reconocida la bonificación por antigüedad por su verdadero empleador.

Incentivo por no ausentismo

Señala el numeral 2.4 del Plan Voluntario de Beneficios que:

2.4. Incentivo por No Ausentismo

La Compañía pagará un incentivo por el cumplimiento diario de la jornada laboral. Este monto se calculará de acuerdo al nivel de ausentismo, de la siguiente forma:

# Días Ausentismo	Valor incentivo
0	108.958
1	87.167
2	65.374
3	43.582
4	0

Generalidades

La Causación de este beneficio será mensual y se pagará en la segunda quincena del mes siguiente a la medición.

Para efectos del presente beneficio, se considera como ausentismo los siguientes motivos:

• Incapacidades

• Licencias

• Suspensiones

• Vacaciones

Esta suma no constituye salario, ni tendrá incidencia prestacional alguna.

Aplica para todos los Colaboradores beneficiarios del presente Plan

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el material probatorio da cuenta de que el actor le expedida por el médico tratante incapacidad médica, le corresponde a título de incentivo por no ausentismo la suma de **\$43.582.**

Incentivo por no ausentismo			
Causación del incentivo	Pago mes siguiente	Incapacidades, licencias, suspensiones y vacaciones	Valor incentivo
2013		Prescritas	
2014			
2015			
sep-16	oct-16	21	
oct-16	nov-16	22	

nov-16	dic-16	12	
dic-16	ene-17	5	
ene-17	feb-17	13	
feb-17	mar-17	3	\$ 43.582
mar-17	abr-17	7	
abr-17	may-17	7	
may-17	jun-17	17	
jun-17	jul-17	18	
jul-17	ago-17	13	
ago-17	sep-17	5	
sep-17	oct-17	8	
oct-17	nov-17	29	
nov-17	nov-17	27	
Total			\$ 43.582

Auxilio educativo

Menciona el numeral 3.1. que:

3.1. Auxilio Educativo

La Compañía otorgará siempre y cuando el trabajador se encuentre activo en nómina al 15 de febrero del correspondiente año, un auxilio educativo correspondiente a quince (15) días de salario básico, el cual será pagado en la primera quincena del mes de febrero.

Este beneficio no es constitutivo de salario ni tiene incidencia prestacional y no aplica para Colaboradores con Salario Integral, ni Contrato Revisado.

Conforme a lo anterior, al trabajador le corresponderá la suma de **\$231.046**, por dicho concepto.

Auxilio Educativo			
Causación del auxilio	Salario	15 días	Valor auxilio
2013	Prescritas		
2014			
2015			
feb-16			
feb-17	\$ 462.091	15	\$ 231.046
Total			\$ 231.046

Auxilio médico

Indica el numeral 4.2. del Plan Voluntario de Beneficios que:

4.2 Auxilio Médico

A cambio del beneficio denominado Póliza de Medicina Prepagada (numeral 4.1.), y en el evento en que se posea una póliza de salud privada, un plan complementario de salud o una póliza de medicina prepagada diferentes a los convenios establecidos por la Compañía con las distintas entidades privadas de salud, los Colaboradores podrán optar por este beneficio, único por Colaborador y su grupo familiar, -si es el caso- por un valor de CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 45.790 oo) mensuales.

Generalidades:

Cuando los resultados de la Evaluación por Objetivos o la evaluación que haga sus veces sean superiores al 70% e inferiores o iguales que el 85%, este auxilio único será de CIENTO VEINTIDOS MIL CIENTO UN PESOS (\$ 122.101.oo) mensuales.

Cuando los resultados de la Evaluación sean superiores al 85%, este auxilio único será de CIENTO OCHENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y UN PESOS (\$183.151.oo) mensuales.

Los Colaboradores deben acreditar, en caso de tomar la opción del auxilio médico, que cuenta con una póliza médica o servicio de salud que incluya a él (como cotizante ó beneficiario activo) y su grupo familiar, informándose a la Compañía el valor de la cuota mensual, fecha de vigencia de la póliza, listado de los beneficiarios con parentesco, estado de la afiliación (activo-inactivo) y valor de la cuota.

Este beneficio no constituye salario, ni tendrá incidencia prestacional alguna, y es excluyente con la Póliza de Medicina Prepagada contenido en el numeral 4.1 de este capítulo.

Aplica para todos los Colaboradores beneficiarios del presente Plan

En armonía al anterior clausulado, es claro que el trabajador no tiene derecho a que se le reconozca el auxilio médico, en tanto que no allegó medio de convicción tendiente a demostrar que cuenta con una póliza de medicina prepagada, póliza de salud o plan complementario de salud. Conforme a ello, se absolverá a la pasiva de tal pedimento.

Ayuda especial para la salud

Refiere el numeral 4.3. que:

4.3. Ayuda Especial para Salud

La Compañía brindará un monto económico para el pago de las cuotas moderadoras y de copago de salud.

El pago de este auxilio se adelantará teniendo en cuenta los ingresos del colaborador, de la siguiente manera:

Nivel de Ingresos	Ayuda
Ingreso superior a 5 S.M.L.M.V.	27.473
Ingreso entre 2 y 5 S.M.L.M.V. (\$ 1.288.700 a \$ 3.221.750)	64.103
Ingreso inferior 2 S.M.L.M.V. (\$ 1.288.700)	77.839

Generalidades:

Cuando los resultados de la Evaluación por Objetivos o la evaluación que haga sus veces sean superiores al 70% y menores que el 85%, las sumas a reconocer serán las siguientes:

Nivel de Ingresos	Ayuda
Ingreso superior a 5 S.M.L.M.V.	45.790
Ingreso entre 2 y 5 S.M.L.M.V. (\$ 1.288.700 a \$ 3.221.750)	106.838
Ingreso inferior 2 S.M.L.M.V. (\$ 1.288.700)	129.733

Cuando los resultados de la Evaluación por Objetivos o la evaluación que haga sus veces sean superiores al 85%, las sumas a reconocer serán las siguientes:

Nivel de Ingresos	Ayuda
Ingreso superior a 5 S.M.L.M.V.	59.526
Ingreso entre 2 y 5 S.M.L.M.V. (\$ 1.288.700 a \$ 3.221.750)	138.891
Ingreso inferior 2 S.M.L.M.V. (\$ 1.288.700)	168.652

Esta suma no constituye salario, ni tendrá incidencia prestacional alguna.

Aplica para todos los Colaboradores beneficiarios del presente Plan

Con fundamento en lo anterior, es claro que el trabajador tampoco tiene derecho a que se le reconozca la ayuda especial para la salud, en tanto que no allegó medio de convicción tendiente a demostrar los valores que canceló por concepto de cuotas moderadoras y de copagos como consecuencia de una atención médica. De ahí que se absolverá a la pasiva de tal pedimento.

Auxilio de alimentación

El Plan Voluntario de Beneficios en su numeral 7.2. señala que:

7.2 Auxilio de Alimentación

La Empresa reconocerá un auxilio de alimentación mensual, en los siguientes términos, por persona:

Nivel de Ingresos	Ayuda
Menor o igual a \$ 1.341.864	183.981
Entre \$ 1.341.865 y \$ 2.012.795	177.464
Entre \$ 2.012.796 y \$ 2.683.727	168.598
Entre \$ 2.683.728 y \$3.354.659	154.742
Entre \$3.354.660 y \$4.696.523	128.638
Entre \$4.696.524 y \$7.380.250	101.713
Mayor de \$ 7.380.251	50.289

Generalidades

- Este beneficio aplica para todos los colaboradores beneficiarios del presente plan voluntario, exceptuado a los trabajadores que tienen como base los aeropuertos de Bogotá y Soledad, así como tampoco aplica para aquellos colaboradores que desempeñen para la Compañía un cargo con nivel igual al de Jefe, Gerente y Director, siempre y cuando su base de trabajo sea el Centro Administrativo de Avianca.
- Para las bases los colaboradores con cargos operativos recibirán un suma mensual fija de **\$ 186.204**, que significa un valor diario de \$ 7.162
- Este auxilio sólo se reconocerá por jornada efectivamente trabajada.
- Esta suma no constituye salario, ni tendrá incidencia prestacional alguna.

En consecuencia, por concepto de auxilio de alimentación se reconocerá al demandante la suma de **\$2.588.236**, dado a que no se demostró que el trabajador desempeñará un cargo de jefe, gerente o director. Debe advertirse que en su liquidación se tiene en cuenta la suma fija de **\$186.204**, dado a que el actor ostenta un cargo operativo y su lugar de labor corresponde al aeropuerto de Bogotá. Por último, cabe precisar que en el mes de noviembre se liquida 27 días dada la finalización del vínculo laboral, no obstante, como al aquí trabajador se le está ordenando el reintegro a su lugar de trabajo, lo anterior no obsta para se siga reconociendo a partir de dicha data el auxilio de alimentación.

Auxilio de Alimentación	
Auxilio causado y exigible	Valor Auxilio
2013	Prescritas
2014	
2015	
sep-16	
oct-16	\$ 186.204
nov-16	\$ 186.204
dic-16	\$ 186.204
ene-17	\$ 186.204
feb-17	\$ 186.204
mar-17	\$ 186.204
abr-17	\$ 186.204
may-17	\$ 186.204
jun-17	\$ 186.204
jul-17	\$ 186.204
ago-17	\$ 186.204
sep-17	\$ 186.204
oct-17	\$ 186.204
nov-17	\$ 167.584
Total	\$ 2.588.236

Auxilio extralegal de transporte

Alude el numeral 8.1. que:

8.1. Auxilio de Transporte

La Empresa pagará un Auxilio Mensual de Transporte equivalente a la suma de CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$152.627), para aquellos Colaboradores que presten sus servicios entre las 06:00 y las 20.00.

Generalidades

- Los Colaboradores que inicien labores antes de las 6:00 o terminen labores después de las 20:00 serán recogidos y dejados en sus residencias o sitios cercanos, de acuerdo con las rutas que se programen, dejándolos a no más de dos (2) cuadras, a menos que por la reglamentación del tránsito o mal estado de las vías esto no sea posible.
- Tanto las rutas como los horarios serán fijados teniendo en cuenta los turnos de trabajo y lugar de residencia.
- Este Beneficio no aplica para aquellos colaboradores que desempeñen para la Compañía un cargo con nivel igual al de Jefe, Gerente, y Director, siempre y cuando su base de trabajo sea el Centro Administrativo de Avianca.
- Este beneficio no constituye salario, ni tendrá incidencia prestacional alguna.

Con fundamento en lo anterior, se condenará a la pasiva a reconocer y pagar la suma de **\$2.121.515**, por concepto de auxilio de transporte. Lo anterior, en tanto que no se adosó medio de convicción tendiente a demostrar que el trabajador haya tenido una jornada laboral a partir de las 20:00 y antes de las 6:00 y que por tal razón haya sido recogido o dejado en su residencia o en una dirección cercana. Debe precisarse que en el mes de noviembre se liquida 27 días dada la finalización del vínculo laboral, no obstante, como al aquí trabajador se le está ordenando el reintegro a su lugar de trabajo, lo anterior no obsta para se siga reconociendo a partir de dicha data el auxilio extralegal de transporte.

Auxilio de transporte	
Auxilio causado y exigible	Valor Auxilio
2013	Prescrito
2014	
2015	
sep-16	
oct-16	\$ 152.627
nov-16	\$ 152.627
dic-16	\$ 152.627
ene-17	\$ 152.627
feb-17	\$ 152.627
mar-17	\$ 152.627
abr-17	\$ 152.627
may-17	\$ 152.627
jun-17	\$ 152.627
jul-17	\$ 152.627
ago-17	\$ 152.627
sep-17	\$ 152.627
oct-17	\$ 152.627

nov-17	\$ 137.364
Total	\$ 2.121.515

Consecuencias del reintegro

Dado al reintegro ordenado, se condenará a la demandada Avianca S.A. y en forma solidaria a Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación y Misión Temporal LTDA al pago de los salarios, prestaciones sociales legales y extralegales (siempre que se reúnan las condiciones del Plan Voluntario de Beneficios 2015-2020 o el que continúe rigiendo con posterioridad a su vigencia), vacaciones y aportes pensionales dejados de percibir desde su vinculación, esto es, 27 de noviembre de 2017 y hasta el momento en que se produzca su reintegro, teniendo como última remuneración mensual la suma de \$813.922.

Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997)

En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta indemnización procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.[\[95\]](#) De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$4.883.534**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2017	\$ 813.922	180	\$ 4.883.534
Total			\$ 4.883.534

Sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía

Con arreglo al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a 31 de diciembre de cada año el empleador liquidará definitivamente el auxilio de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuar en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo, valor que consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que éste elija. El incumplimiento de dicho plazo genera como sanción el pago de un día de salario por cada día de retraso en el depósito. Cabe señalar, que la indemnización por no consignación del auxilio de cesantía en el fondo seleccionado por el trabajador está condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, acreditados en el expediente (SL417-2021).

Bajo ese horizonte, en el caso *sub judice* el hecho de escudar el incumplimiento del deber legal de pagar el auxilio de cesantía durante la ejecución del nexo contractual, pretextando un contrato de naturaleza distinta a la laboral, cuando en la relación contractual estuvo presente la subordinación jurídica de la empleadora, no puede ser indicativo de buena fe, sino de una conducta contraria a ella, que se pretendió legitimar con vinculaciones en calidad de trabajador en misión y asociado, que no corresponden con la realidad.

Así las cosas, como quiera que la cesantía no fue consignada en su oportunidad, se condenará a las encartadas al pago de la sanción por lo no consignación de cesantía conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sobre su liquidación, la Corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a las demandadas por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$10.625.940**.

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA
2013	\$ 616.104	15/02/2014	14/02/2015	Prescritas		
2014	\$ 812.413	15/02/2015	14/02/2016			
2015	\$ 644.350	15/02/2016	24/10/2016			
2015	\$ 834.992	26/10/2016	31/12/2016	\$ 27.833	64	\$ 1.781.317
2015	\$ 813.922	1/01/2017	14/02/2017	\$ 27.131	44	\$ 1.193.753
2016	\$ 813.922	15/02/2017	27/11/2017	\$ 27.131	282	\$ 7.650.870
TOTAL SANCIÓN						\$ 10.625.940

Aportes al sistema integral de seguridad social a cargo del empleador

Sobre este tópico pretende el demandante "el pago de los aportes a seguridad social no pagados conforme la base real por la demandada durante toda la relación laboral".

En lo relacionado con los aportes para pensión, los mismos resulta procedentes y son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.-

indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad”.

Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en salud, tiene adoctrinado la Corte en sentencia SL1064-2018, que:

"Frente a los aportes al sistema de salud, esta sala de la Corte ha establecido que su pago resulta obligatorio, así no se hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema (Ver CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL1457-2015, CSJ SL9373-2015, CSJ SL14385-2015, CSJ SL15439-2015)”.

Conforme lo anterior, dado que en el sub examine se declaró la existencia de una verdadera relación laboral entre el demandante y la enjuiciada, indefectiblemente le compete a la demandada en calidad de empleador asumir el pago integral de los aportes al sistema general de pensiones y salud, tal como quedó sustentado en el criterio jurisprudencial atrás vertido, aunado a lo anterior, que de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 debe responder por la totalidad de aportes, incluido el porcentaje que le hubiere correspondido al trabajador.

Así las cosas, como para los periodos en la que estuvo vigente el contrato de trabajo se encontraron que el IBC reportado en las planillas de autoliquidación obrantes en expediente digital es inferior al salario que devenga el accionante en algunos meses, habrá de ordenarse a las demandadas que proceda con el pago de los aportes con base en las diferencias en el mismo, teniendo en cuenta el siguiente salario para cada uno de los meses:

RELIQUIDACIÓN APORTES PENSIONALES Y SALUD			
MES	IBC REPORTADO	SALARIO DEVENGADO	DIFERENCIA
dic-13	\$ 96.000	\$ 589.500	\$ 493.500
ene-14	\$ 746.000	\$ 787.640	\$ 41.640
feb-14	\$ 844.000	\$ 885.671	\$ 41.671
mar-14	\$ 881.000	\$ 922.699	\$ 41.699
abr-14	\$ 824.000	\$ 865.730	\$ 41.730
may-14	\$ 911.000	\$ 952.760	\$ 41.760
jun-14	\$ 851.000	\$ 892.791	\$ 41.791
jul-14	\$ 916.000	\$ 957.821	\$ 41.821
ago-14	\$ 846.000	\$ 887.852	\$ 41.852
sep-14	\$ 979.000	\$ 1.020.883	\$ 41.883
oct-14	\$ 823.000	\$ 864.913	\$ 41.913
nov-14	\$ 851.000	\$ 892.944	\$ 41.944
dic-14	\$ 912.000	\$ 953.974	\$ 41.974
ene-16	\$ 827.000	\$ 869.370	\$ 42.370
feb-16	\$ 940.000	\$ 982.401	\$ 42.401
mar-16	\$ 846.000	\$ 888.430	\$ 42.430
abr-16	\$ 1.062.000	\$ 1.104.461	\$ 42.461
may-16	\$ 952.000	\$ 994.491	\$ 42.491
jun-16	\$ 871.000	\$ 913.522	\$ 42.522
jul-16	\$ 832.000	\$ 874.552	\$ 42.552
ago-16	\$ 841.000	\$ 883.583	\$ 42.583
sep-16	\$ 853.000	\$ 895.614	\$ 42.614
oct-16	\$ 746.000	\$ 788.644	\$ 42.644
nov-16	\$ 740.000	\$ 782.675	\$ 42.675
dic-16	\$ 839.000	\$ 881.705	\$ 42.705

ene-17	\$ 819.000	\$ 861.736	\$ 42.736
feb-17	\$ 854.000	\$ 896.767	\$ 42.767
mar-17	\$ 825.114	\$ 867.909	\$ 42.795
abr-17	\$ 917.761	\$ 960.587	\$ 42.826
may-17	\$ 945.033	\$ 987.889	\$ 42.856
jun-17	\$ 806.550	\$ 849.437	\$ 42.887
jul-17	\$ 827.816	\$ 870.733	\$ 42.917
ago-17	\$ 866.011	\$ 908.959	\$ 42.948
sep-17	\$ 870.024	\$ 913.003	\$ 42.979
oct-17	\$ 956.863	\$ 999.872	\$ 43.009
nov-17	\$ 795.163	\$ 838.203	\$ 43.040

Responsabilidad subjetiva del empleador en el accidente de trabajo

Con el propósito de desatar el problema jurídico relacionado con este tópico, es menester precisar que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que cuando exista **culpa suficientemente demostrada** por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe responder por la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Con el fin de establecer si existe culpa del empleador en el infortunio ocurrido en el marco de un contrato de trabajo, se debe comprobar más allá de cualquier duda razonable, que sus acciones u omisiones incidieron en el resultado que debió evitarse. En esa medida se exige demostrar en este tipo de procesos cuando el trabajador es el demandante, además, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo, la culpa suficientemente comprobada del empleador y la plena incidencia de esta inobservancia en la ocurrencia del siniestro, atendiendo la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización y, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro.

Lo anterior, significa que quien demanda la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, requiere demostrar tres elementos: (i) la ocurrencia del siniestro o daño; (ii) la culpa del empleador y (iii) el nexo de causalidad entre la función desempeñada y el accidente de trabajo (SL 1679 – 2019).

En punto a la exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, para hacer viable la indemnización ordinaria y total de perjuicios que regula el citado art. 216 del C.S.T., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL13653-2015, sostuvo que esta carga probatoria se invierte al empleador cuando se le imputa una actitud omisiva como causante del accidente de trabajo:

« (...) esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..." (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior "...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».

De manera que, conforme al señalado criterio jurisprudencial, en principio la parte actora tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, como fuente de la responsabilidad prevista en el artículo 216 de la norma adjetiva laboral, no obstante, cuando el trabajador o los afectados con el siniestro imputan al empleador el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección, la carga de la prueba queda en cabeza del empleador, quien puede liberarse de la culpa que se le enrostra, acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, prueba que conforme al artículo 1604 del C.C. incumbe al que ha debido emplearlo.

Descendiendo al caso, refiere el dictamen proferido por la ARL Equidad núm. 326 que el accidente ocurrió, según observaciones del FURAT, debido a que *"El colaborador se encontraba en la bodega número 4 de un airbus A319 matrícula N723AV en la posición 24 EDR vuelo 244 en el NYC buscando equipaje PAX que no viajan y manifiesta que siente un calambre en el pie izquierdo, síntoma que le continua y manifiesta no poder continuar con las funciones"* En el historial clínico se dejó registrado *"Cuadro que comenzó 14 de abril de 2015, mientras estaba laborando arrumando maletas, al buscar unas maletas que se debían bajar del vuelo sintió dolor a nivel inguinal izquierdo con irradiación al muslo, consultó a urgencias se expidieron IT, Aines y analgésicos, por persistencia de los síntomas consultó a MD laboral y solicitaron RX de columna lumbosacra reportada normal, ecografía de región inguinal pequeño desgarró del psoas izquierdo, posteriormente valorado por especialistas en columna SS RNM de columna lumbosacra que evidenció L4-L5 con hernia extruida que indenta el saco tecal Y L5-S1 con hernia extruida derecha en contacto con S1. Especialista en columna ordena TF lleva 30 sesiones mejoría en la intensidad del dolor, se ordenó EMG y NC de MMII el cual es remitido dentro de los límites normales. Se encuentra reintegrado con recomendaciones, reasignación de tareas."*

Con fundamento en lo anterior, desde el libelo genitor, el demandante le enrostra al dador del laborío responsabilidad en el citado siniestro dadas las omisiones y deficiencias en la prevención y ocurrencia de los riesgos asociados a la actividad en la que intervino el trabajador, esencialmente, la falta de protección y seguridad, controlar y supervisar la labor encomendada, falta de capacitación sobre los riesgos, no adopción de medidas de protección, falta de suministro de elementos de trabajo acordes a la actividad desplegada y capacitación sobre la labor encomendada.

Como se vio, la parte activa pretende imputar al empleador el incumplimiento a los deberes de protección y seguridad y, por ende, según la excepción a la regla general sobre la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, corresponde, entonces, a la enjuiciada demostrar diligencia y precaución tendiente a procurar la salud e integridad del trabajador o que las afectaciones alegadas *"no guardan relación de causalidad con la conducta, activa o pasiva, que se le endilga, bien sea porque se interpone la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor."* (SL4172-2021)

Bajo ese contexto, la demandada Avianca S.A. para liberarse de la responsabilidad que le atribuye el actor, en su defensa argumenta la inexistencia de la relación laboral. Por su parte, Misión Temporal Ltda refirió que durante el periodo en que estuvo vinculado el actor, no se presentó accidente de trabajo. Mientras que Servicopava alega que cumplió con la debida afiliación a EPS, AFP y ARL, además, entregó uniformes y los EPP requeridos para el desarrollo de la labor, dictó capacitaciones correspondientes y propias del cargo asociativo, capacitaciones BMR, curso de protección personal, capacitación a la dimensión plan de emergencia, seguimiento a recomendaciones laborales, capacitación del uso de guantes de EPP, reinducción en normas de seguridad y auto cuidado y charla de manipulación de cargas del día.

Esta última, para probar lo dicho, adosó al plenario carta dirigida al actor adiada 27 de diciembre de 2013, mediante la cual le comunica las actividades a cumplir; certificado sobre el programa de educación solidaria en énfasis en trabajo asociado; entrega de

dotación; citación del 23 de diciembre de 2013 al programa de inducción a la Cooperativa; solicitud y entrega de elementos de protección personal del 28 de marzo de 2015, 8 de septiembre de 2013 y 20 de octubre de 2015. (Expediente digital, PDF 0 13 CONTESTACIÓN SUBSANACIÓN A LA DEMANDA SERVICOPAVA, págs. 556, 560, 561, 629, 652 a 655).

De otro lado, se escuchó a la señora Meryein Yancet Amado, testigo de la parte demandada, quien manifestó que no conocía de las condiciones de salud del actor, en tanto que no era encargada de salud ocupacional de la cooperativa, además, refirió que no conoció específicamente de las actividades que ejecutaba aquel en Avianca S.A., debido a que era la persona que se encargaba de realizar el proceso disciplinario a los asociados. Mientras que el señor Carlos Humberto Vellojín Castro, narró que tuvo conocimiento de que el demandante tuvo un accidente de trabajo, el cual fue calificado por la ARL, siendo reubicado dadas las recomendaciones médicas. Refirió que aquel hacía la labor de cargue y descargue del equipaje de aeronaves.

Así entonces de un análisis integral y objetivo de los medios de prueba reseñados con anterioridad, se debe señalar que, si bien la codemandada resalta que entregó elementos de protección al trabajador, es evidente que dentro del presente asunto, tanto aquella como las demás demandadas no probaron la adopción de procedimientos seguros, de protección y cuidado, de acuerdo con su Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, tampoco se tomaron todas las medidas necesarias y tendientes a evitar las situaciones de riesgo ocupacionales en la actividad desplegada por el actor, aspecto que sin duda incidió finalmente en la ocurrencia del accidente de trabajo y que le trajo un menoscabo en su salud al generar incapacidad permanente parcial.

Ello es así, por cuanto no se evidencia que haya adoptado todas las medidas de protección adecuadas de prevención y gestión del riesgo, que tengan en cuenta, como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL 5154-2020, reiterada en sentencia SL 4956-2021 *"la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los mismos y el número de trabajadores expuestos (...)»*, y *«en dichos procesos lógicos de prevención es obligación de los empleadores identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos potenciales a los cuales puede estar expuesto un trabajador»*; no siendo suficiente afirmar, como lo pretende hacer ver una de las enjuiciadas, que entregó elementos de protección, sino, imperativo resultaba que bajo el Sistema y Manual de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, cumpliera con las obligaciones que lo componen, entre ellas, identificar los agentes de riesgo con miras a prevenirlo, así como los controles adecuados en procura de prevenir daños en la salud del trabajador, en los términos de la Ley 1562 de 2012 y en el Decreto 1443 de 2014 (num.1 del art. 7, núm. 6 y 9 del art. 8, art. 11, núm. 3 y 14 del art. 12, art. 15, núm. 2 y 4 del art. 16, art. 23 y art. 24, entre otros), concordante con lo dispuesto en la Ley 9 de 1979; aspectos que claramente no están demostrados en el diligenciamiento.

A lo que se suma la falta de prueba tendiente a demostrar que como empleador garantizó la capacitación del trabajador respecto a lo enunciado precedentemente y en torno a todos los aspectos de seguridad y salud en el trabajo (artículo 8 del Decreto 1443 de 2014), además, en las circunstancias relacionadas en la ejecución de sus deberes y obligaciones (numeral 9 del artículo 8 y 11 del Decreto 1443 de 2014). Ello, con la finalidad de prevenir accidentes de trabajo y enfermedades laborales que demanda esencialmente el sistema de gestión y seguridad en el trabajo regulado, entre otras disposiciones, en el Decreto 1443 de 2014.

En ese sentido, el acervo probatorio, contrario a lo que se pretendía, deja al descubierto las omisiones en que incurrió el empleador, ya que no se evidencia por parte de esta Sala que el empleador en cumplimiento del Decreto 1443/14, haya (i) planeado la actividad de

cargue y descargue de aeronaves, (ii) identificado el peligro y sus características, esto es, la fuente, situación o acto con potencial de causar daño en la salud del trabajador, en los equipos o en las instalaciones (núm. 27 art. 2 D. 1443/14) (iii) evaluado el riesgo, identificando con concreción en los niveles del riesgo asociado, probabilidad de que se concrete y severidad de las consecuencias de esa concreción; (iv) establecido acciones preventivas, ya que no obra manuales de procedimiento de trabajo seguro ni capacitaciones en las que específicamente se hayan identificado los peligros y riesgos asociados a la labor realizada; (v) instituido controles necesarios que prevengan los daños en salud o integridad física de los trabajadores, dentro de los cuales se encuentra la verificación de los Elementos de Protección Personal (EPP) que requería usar el trabajador para la labor de cargue y descargue de aeronaves, sin que sea dable verificarlo con las probanzas arrimadas por la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, pues aunque allí se denotan que fueron entregados algunos de estos elementos, no es posible de la prueba documental estimar que son los requeridos según los peligros asociados a las actividades propias del cargo, ello ante la falta de medios de convicción tendientes a demostrar que surtió el proceso de identificación de peligros, valoración de riesgos y determinación de controles; evidenciándose además, la ausencia de inspección en el lugar de trabajo, para verificar que el trabajador cuente con los Elementos de Protección Personal (EPP), definidos por su grupo ocupacional y su uso adecuado, de acuerdo a la naturaleza del riesgo (Resolución 2400 de 1979, artículo 176).

De esta manera se incumple con el objetivo por el que propende el SST cual es precisamente la "prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo, y de la protección y promoción de la salud de los trabajadores" (art. 3 D.1443/14) y del SG-SST que consiste en el "desarrollo de un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua y que incluye la política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y la salud en el trabajo"(art. 4 D. 114/14)

Así las cosas, de las pruebas documentales no se deduce con la claridad que afirma la llamada a juicio, que el accidente de trabajo no fue ocasionado por incumplimiento de las obligaciones del empleador, pues contrario a ello, lo que se observa sin lugar a dudas es que faltó con la obligación general de protección y seguridad para con su trabajador señalada en el artículo 56 del CST, siendo de su resorte haber aportado medios de convicción tendientes a demostrar su deber de adoptar todas las medidas de identificación, prevención y control de riesgos, sin que hubiera procedido de conformidad, dejando en evidencia que en ningún momento procuró demostrar las medidas adoptadas en orden de evitar o corregir situaciones riesgosas en la actividad de auxiliar de asistencia en tierra.

Por consiguiente, no puede pensarse en que lo ocurrido fue por un hecho exclusivo de la víctima, ya que, de haber cumplido con el SST y demás normas complementarias, hubiera podido precaver el riesgo al que estaba sometido, en los términos del artículo 274 de la Resolución 2400 de 1979. Y es que en lo referente a que el accidente del trabajo ocurrió por un actuar inseguro o imprudente del trabajador, debe la Sala acotar que sobre el punto, ha considerado la jurisprudencia (SL1911-2019) que: *"En todo caso, así hubiese un actuar imprudente del trabajador fallecido, ello no exime al empleador de implementar medidas de prevención efectivas para evitar accidentes de trabajo en el lugar de prestación del servicio, o en otros términos, la responsabilidad de la empresa en el accidente o la enfermedad no desaparece en el evento de que el trabajador lleve a cabo un comportamiento descuidado o imprudente (CSJ SL5463-2015, CSJ SL9355-2017 y CSJ SL2824-2018)"*.

Con todo lo anterior, la Sala destaca que la pasiva no probó la adopción de medidas necesarias y adecuadas de protección del trabajador con las cuales se mermaría el riesgo al que estaba sometido, reiterando que si bien suministró algunos elementos de protección personal que se evidencian en las documentales atrás expuestas, los mismos resultan insuficientes en orden de demostrar la adopción de medidas de protección pues no existe en el cartapacio la matriz de riesgos, es decir, la identificación de los peligros, evaluación, valoración y control de los riesgos.

Así las cosas, queda acreditado en el plenario la negligencia o actitud omisiva del empleador en el accidente de trabajo en comento, al faltar a sus obligaciones de supervisión, inspección, verificación y exigencia de acatamiento irrestricto de las normas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo, pues el trabajador estaba expuesto a la ejecución de una labor riesgosa que comprometía su integridad, dejando al azar o al vaivén de las circunstancias la ocurrencia del riesgo a que estaba expuesto el trabajador, lo que sirve de fundamento de imputación de responsabilidad subjetiva a título de culpa de la demandada por la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el señor Jefferson Alexander Rojas Quiroga.

Demostrado como quedó que ocurrió un accidente de trabajo y que el empleador no acreditó que frente a tal riesgo haya obrado de manera diligente o con el cuidado debido, adoptando las medidas de protección adecuadas y realizando una supervisión efectiva frente a la labor efectuada por el gestor del proceso, resulta palmario el nexo de causalidad y la consecuente asunción de los riesgos o contingencias creadas.

Por lo dicho, no queda otro camino para esta Sala de Decisión que dar por acreditada la culpa patronal del artículo 216 del CST, pasando así al estudio de las condenas en concreto pretendidas en el libelo genitor.

Perjuicios materiales y morales

En lo que hace a este aspecto, pretende el demandante el pago de perjuicios morales y materiales, cuantificados en la suma de \$500.000.000.

Daño emergente

Frente al daño emergente, según el cual "(...) *abarca la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y el arribo del pasivo a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad*" (SL- 4913-2018), no se encuentra acreditado en el proceso, dado a que el promotor de la litis no allegó elemento de juicio tendiente a probar los gastos o erogaciones dinerarias en que incurrió como consecuencia del accidente de trabajo, o qué ocasión al mismo se causó pérdida de elementos patrimoniales que condujera a impartir condena por ese concepto.

Lucro cesante consolidado

En lo que hace a los materiales irrogados, importa resaltar que el lucro cesante consolidado comprende la privación de la utilidad, beneficio, aumento o provecho que pudiendo percibirse, no se logra por causa de la lesión. Por manera que, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (radicados N° 35261 del 2010, y 39446 de 2012), el mismo se ha calcular desde la fecha de terminación del contrato laboral hasta la fecha de la sentencia de segundo grado, actualizando a valor presente el salario devengado (\$813.922), que corresponde a la suma de \$1.007.668, al tiempo de tenerse en cuenta que el accidente le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 13.20 %, arrojando la suma de \$133.012,27, como lucro cesante mensual. Así las cosas, se obtiene un lucro cesante consolidado de **\$8.772.010,67**, con

base en 57,13 meses transcurridos entre la terminación del contrato y la fecha de la presente providencia.

Lucro cesante futuro

En punto a calcular el lucro cesante futuro debe partirse de la operación de multiplicar el monto indemnizable actualizado con deducción de réditos por anticipo de capital (6% anual o 0.5% mensual), según el índice exacto a los meses del daño, aplicando la aludida fórmula que al efecto establece la jurisprudencia en cita, con base en la expectativa de vida del actor según la Resolución No. 155510 del 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia(tablas de mortalidad), según la cual a la fecha de esta providencia el actor cuenta con 29 años, por haber nacido el 4 de septiembre de 1992, su expectativa de vida es de 50,3 años, lo que equivale 603,6 meses, que arrojan un valor por pagar de **\$25.291.803,73.**

Liquidación	
Fecha del cálculo	31/08/2022
Género	Hombre
Fecha de nacimiento	4/09/1992
Fecha de estructuración de la PCL o fecha de terminación del contrato	27/11/2017
Salario actualizado a la fecha	1.007.669
% de pérdida de capacidad laboral	13,2
% lucro cesante	133.012
Valor lucro cesante mensual (LCM)	\$ 133.012,27
Edad a la fecha del cálculo	30,00821918
Años de expectativa de vida R-1555 de 2010	50,3
No. de meses a calcular LCC	57,13972603
No de meses expectativa LCF	603,6
Tasa de interés anual (ia)	6%
Tasa de intereses mensual (im)	0.5 %

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	
VA=LCM * Sn	
LCM	\$ 133.012,27
Sn	0,329744416
Sn	65,94888324
VA	\$ 8.772.010,67

LUCRO CESANTE FUTURO	
$VA=LCM \frac{(1+i)^n-1}{i}$	
VA=LCM	19,29714135
	0,101485707
VA=LCM	190,1463957
VA=	\$ 25.291.803,73

Perjuicios morales

En cuanto al resarcimiento de los perjuicios morales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1911-2019 y SL4665-2018, en donde reitera lo adoctrinado por la misma Corporación en sentencia SL 32720 de 2008, asienta que: *“en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, «para ello deberán evaluarse las consecuencias sicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño»”.*

Conforme a lo atrás dicho, para determinar su monto se parte de la base de que la pérdida de capacidad laboral a causa del accidente de trabajo en un porcentaje del 13.20 % le generó las patologías denominadas *“lumbalgia mecánica, desgarro en psoas izquierdo y hernia*

disca L4 – L5 y L5 – S1"; además, se evidencia la calamitosa situación en su salud que tuvo que sortear a causa del accidente y su evolución, de acuerdo con su historia clínica adosada al expediente digital y recomendaciones laborales que hizo la ARL Equidad, razón a lo cual, se estima proporcional y ajustado el reconocimiento de la suma de \$3.000.000, correspondiente a 3 SMLMV, por concepto de perjuicios morales.

Indexación

Como se peticionó la indexación de las condenas, se accederá a la misma, toda vez que al momento del pago de la condena ésta sufrirá los efectos del hecho notorio de la devaluación de la moneda, corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, teniendo como IPC inicial el 28 de noviembre de 2017 y como IPC final al momento en que se realice el pago de estas.

Intereses moratorios

No se accederá a esta pretensión pues la Sala de Decisión Laboral no encuentra fundamento legal en virtud del cual deba imponerse sobre las acreencias de índole laboral ordenadas, máxime cuando se precisó la procedencia de la indexación sobre las sumas indicadas.

Excepción de compensación

Sobre el particular, es del caso resaltar, que la compensación está concebida como un modo de extinción de las obligaciones que opera cuando las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras entre sí, figura que se encuentra consagrada en el artículo 1714 del C. Civil, cuya finalidad es evitar el doble pago, la doble entrega de capitales y de ese modo simplificar las relaciones del acreedor y del deudor.

En ese orden, cuando hay un deudor que a su vez es acreedor de la misma persona de la que es deudora, de cosas de igual naturaleza, es viable conjurar el doble riesgo y producir la satisfacción de ambos sin desembolso alguno, restando la cantidad menor de la mayor; es por ello por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han catalogado como un modo satisfactorio de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, para que dicha figura proceda necesario es que aquella se eleve en la oportunidad procesal dispuesta para ello, es decir, en la contestación al escrito inicial, en tanto, que el artículo 282 del CGP veda al juzgador para declararla de oficio. Sobre tal aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2501-2018, dijo al respecto:

"Cosa muy distinta es que, como lo ordena el mentado artículo 282, «cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda», situación que implica que las excepciones propias «prescripción, compensación y nulidad relativa», --a diferencia de las impropias que pueden alegarse en cualquier tiempo y son declarables de oficio--, deben plantearse con la contestación de la demanda, es decir, en su debida oportunidad procesal, para que el juzgador tenga el deber de fallar el pleito en consonancia con ellas, si las encuentra probadas."

Así las cosas, en este asunto la Sala no evidencia que entre las partes existan deudas recíprocas que compensar, dado que el trabajador no se constituyó en deudor del empleador ahora Avianca S.A. y de la Empresa de Servicios Temporal y Cooperativa de

Trabajo Asociado demandadas, por recibir de estas últimas emolumentos que fueron entregados como consecuencia de tal vinculación, pues estas son distintas a aquellas por las cuales se impone condena a Avianca S.A. y en forma solidaria a las demás codemandadas.

En consecuencia, no prospera la excepción de compensación.

Costas.

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 la sentencia proferida el 24 de junio del 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre **JEFFERSON ALEXANDER ROJAS QUIROGA** y **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A."**, desde el 1 de agosto de 2013, siendo la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPA EN LIQUIDACIÓN** y **MISIÓN TEMPORAL LTDA** una simple intermediaria, las cuales están obligadas a responder solidariamente por las acreencias laborales del trabajador.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR que **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A."** es responsable a título de culpa del accidente de trabajo con fecha de estructuración del 22 de julio de 2016 ocurrido a **JEFFERSON ALEXANDER ROJAS QUIROGA**, configurándose así la culpa patronal del artículo 216 del CST.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A."** y solidariamente a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPA EN LIQUIDACIÓN** y **MISIÓN TEMPORAL LTDA** a pagar al señor **JEFFERSON ALEXANDER ROJAS QUIROGA**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$3.287.778**, por concepto de auxilio de cesantía, valor que deberá consignar en el fondo de cesantías en el cual se encuentre afiliado el actor o en caso de no existir afiliación en el que escoja el accionante. Si dentro de los quince días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el promotor de la litis no hiciere elección del fondo de cesantías, la demandada queda facultada para consignar los aportes respectivos al fondo de cesantías que a bien tenga.
- b) **\$180.784**, por concepto de intereses a las cesantías.
- c) **\$180.784**, por concepto de sanción por el no pago de intereses a las cesantías.
- d) **\$1.332.798**, por concepto de vacaciones.
- e) **\$1.125.481**, por concepto de prima de servicios.
- f) **\$1.242.828**, por concepto de prima de vacaciones.
- g) **\$1.319.328**, por concepto de prima de navidad.

- h) \$43.582, por concepto de incentivo por no ausentismo.
- i) \$231.046, por concepto de auxilio educativo.
- j) \$2.588.236, por concepto de auxilio de alimentación.
- k) \$2.121.515, por concepto de auxilio de transporte.
- l) \$10.625.940, por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía.
- m) \$8.772.010,67, por concepto de lucro cesante consolidado.
- n) \$25.291.803,73, por concepto de lucro cesante futuro.
- o) \$3.000.000, por concepto de daños morales.

Sumas que deberá pagar debidamente indexadas conforme a los parámetros expuestos en la parte motiva de este proveído, teniendo como IPC inicial el 28 de noviembre de 2017 y como IPC final al momento en que se realice el pago de estas.

QUINTO: CONDENAR a la demandada **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A."** al reintegro del señor **JEFFERSON ALEXANDER ROJAS QUIROGA**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud. **ORDENAR** a la citada demandada y solidariamente a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN** y **MISIÓN TEMPORAL LTDA** a cancelar al trabajador las prestaciones sociales legales y extralegales (siempre que se reúnan las condiciones del Plan Voluntario de Beneficios 2015-2020 o el que continúe rigiendo con posterioridad a su vigencia), dejadas de percibir entre el 28 de noviembre de 2017 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: CONDENAR a **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A."** y solidariamente a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN** y **MISIÓN TEMPORAL LTDA** a pagar a **JEFFERSON ALEXANDER ROJAS QUIROGA** la suma de **\$4.883.534** por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, suma que deberá cancelar debidamente indexada.

SÉPTIMO: CONDENAR a la demandada **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A."** y solidariamente a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN** y **MISIÓN TEMPORAL LTDA** a pagar la diferencia de los aportes en favor del señor **JEFFERSON ALEXANDER ROJAS QUIROGA**, con destino a la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliado el actor para los riesgos de pensión y salud, teniendo en cuenta como IBC los siguientes:

RELIQUIDACIÓN APORTES PENSIONALES Y SALUD			
MES	IBC REPORTADO	SALARIO DEVENGADO	DIFERENCIA
dic-13	\$ 96.000	\$ 589.500	\$ 493.500
ene-14	\$ 746.000	\$ 787.640	\$ 41.640
feb-14	\$ 844.000	\$ 885.671	\$ 41.671
mar-14	\$ 881.000	\$ 922.699	\$ 41.699
abr-14	\$ 824.000	\$ 865.730	\$ 41.730
may-14	\$ 911.000	\$ 952.760	\$ 41.760
jun-14	\$ 851.000	\$ 892.791	\$ 41.791
jul-14	\$ 916.000	\$ 957.821	\$ 41.821
ago-14	\$ 846.000	\$ 887.852	\$ 41.852
sep-14	\$ 979.000	\$ 1.020.883	\$ 41.883
oct-14	\$ 823.000	\$ 864.913	\$ 41.913
nov-14	\$ 851.000	\$ 892.944	\$ 41.944
dic-14	\$ 912.000	\$ 953.974	\$ 41.974
ene-16	\$ 827.000	\$ 869.370	\$ 42.370

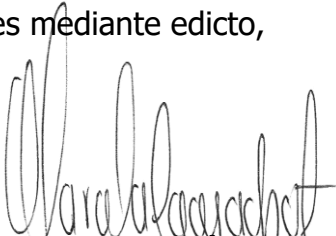
feb-16	\$ 940.000	\$ 982.401	\$ 42.401
mar-16	\$ 846.000	\$ 888.430	\$ 42.430
abr-16	\$ 1.062.000	\$ 1.104.461	\$ 42.461
may-16	\$ 952.000	\$ 994.491	\$ 42.491
jun-16	\$ 871.000	\$ 913.522	\$ 42.522
jul-16	\$ 832.000	\$ 874.552	\$ 42.552
ago-16	\$ 841.000	\$ 883.583	\$ 42.583
sep-16	\$ 853.000	\$ 895.614	\$ 42.614
oct-16	\$ 746.000	\$ 788.644	\$ 42.644
nov-16	\$ 740.000	\$ 782.675	\$ 42.675
dic-16	\$ 839.000	\$ 881.705	\$ 42.705
ene-17	\$ 819.000	\$ 861.736	\$ 42.736
feb-17	\$ 854.000	\$ 896.767	\$ 42.767
mar-17	\$ 825.114	\$ 867.909	\$ 42.795
abr-17	\$ 917.761	\$ 960.587	\$ 42.826
may-17	\$ 945.033	\$ 987.889	\$ 42.856
jun-17	\$ 806.550	\$ 849.437	\$ 42.887
jul-17	\$ 827.816	\$ 870.733	\$ 42.917
ago-17	\$ 866.011	\$ 908.959	\$ 42.948
sep-17	\$ 870.024	\$ 913.003	\$ 42.979
oct-17	\$ 956.863	\$ 999.872	\$ 43.009
nov-17	\$ 795.163	\$ 838.203	\$ 43.040

OCTAVO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por las encartadas y las demás no probadas.

NOVENO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

DÉCIMO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A.", COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y MISIÓN TEMPORAL LTDA.** Las de primera instancia tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

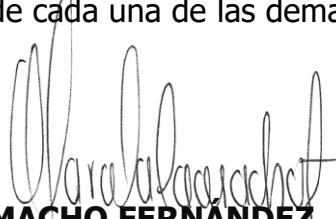


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **JEFFERSON ALEXANDER ROJAS QUIROGA** y a cargo de cada una de las demandadas en la suma de \$3.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CAROLINA HURTADO IBÁÑEZ
Demandada: SALUD TOTAL S.A. EPS - S
Radicado No.: 18-2020-00070-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA- CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carolina Hurtado Ibáñez instauró demanda ordinaria contra Salud Total S.A. EPS - S, con el propósito de que se condene a pagar salarios insolutos, reliquidación del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, "*indemnización por los pagos no realizados en cuanto al aumento salarial*", "*protección laboral pues con lo expuesto en los hechos tenemos que el empleador, aquí demandado tome acciones en contra*" y lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró con la encartada contrato de trabajo a término indefinido el 15 de abril de 2002, para desempeñar el cargo de auxiliar de servicio al cliente en salud, devengando para dicha fecha la suma de \$400.000. Refirió que en el año 2002 ascendió al cargo de analista integral de servicio al cliente, recibiendo un mayor salario. Indicó que con ocasión de su trabajo padece de algunas patologías, mismas que le han generado incapacidad y tratamiento médico, las cuales fueron calificadas de origen laboral.

Esgrimió que para el 1 de abril de 2011 tenía una remuneración de \$535.600 de salario y un valor de \$227.105 no constitutivo de salario, para un total de \$762.705, teniendo un incremento salarial de \$14.955, además, que para ese mismo año fue reubicada al cargo de auxiliar del área de médica, sin que fuesen desmejoradas sus condiciones laborales. Refirió que para el año 2012 se le realizó un aumento salarial de \$3.814, aumento que no concuerda para ese año, aunado a que como le fueron calificadas otras patologías de origen laboral denominadas "epicondilitis mixta bilateral" y "tendinitis de flexores de índice bilateral", requirió un auxiliar para sus actividades laborales, el cual fue negado por su empleador y, por el contrario, no solo decidió ubicarla en el cargo de auxiliar de cartera, sin realizarle ningún incremento salarial y desmejorando sus condiciones laborales, sino, además, no acató sus recomendaciones laborales y, dada su condición, recibió maltrato psicológico que la llevó a ser valorada por psicología, quien concluyó acoso laboral.

Indicó que debido a la carga laboral y los movimientos repetitivos adquirió 2 patologías de origen laboral denominadas "tendinitis de flexo extensores de dedo medio bilateral y dedo de gatillo anular mano izquierda" y "síndrome del manguito rotador derecho". Advirtió que el 29 de diciembre de 2014 inició tratamiento con psicología laboral, donde

se reconoce circunstancias de acoso laboral, dado a que fue víctima de "*bullying*" por parte del área de trabajo incluida su jefe. Manifestó que debido a que el empleador cambió de ARL, no ha podido continuar con su tratamiento psicológico.

Precisó que, para el 1 de mayo de 2016, mediante otrosí, se pactó un salario de \$767.000, perdiendo incentivos con los que contaba antes, sin razón y explicación alguna, además, que desde hace 6 años el aumento del salario ha sido de \$4.255, es decir, \$859 como incremento anualizado. Aseguró que a sus compañeros de trabajo le fueron incrementados sus salarios, menos a ella, y la justificación que dio su empleador fue que laboraba menos horas diarias y no podía cumplir con todas sus labores. Aseveró que el 3 de junio de 2018 fue reubicada al área de dirección médica, por virtud de las recomendaciones médicas expedidas por la ARL Positiva, quedando en el mismo cargo, pero teniendo funciones de auxiliar del área médica. (Expediente digital, PDF 02-1 FOLIO 1 A 201, págs. 6 a 17).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que no adeuda suma alguna referente a los salarios de 2012, esto, por cuanto la actora devengaba como salario el mínimo legal mensual vigente, además, aunque devengó un salario mayor en algunos periodos, no existe norma legal o convencional que obligue a la EPS a incrementarlo. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1.1 a 1.5 y 1.7, 7°, 9°, 19°, 26°, relacionados con la existencia de la relación laboral, modalidad contractual, cargo y salario inicial, los otrosí suscritos entre las partes, reubicaciones médicas laborales, calificaciones de origen de enfermedad, el cargo de Auxiliar de Cartera II que desempeñó la accionante y la radicación de un derecho de petición por ella.

Respecto a los demás señaló no constarle o ser ciertos y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó improcedencia de incrementar o reajustar el salario más allá del mínimo, validez de los pagos proporcionales al tiempo laborado, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, pago, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF CD. FOLIO 196 (CONTESTACIÓN DEMANDA)).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de julio del 2022, en la que la falladora absolvió a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gravando en costas a la accionante.

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar si había lugar a un reajuste salarial desde el año 2012, en consecuencia, la reliquidación de prestaciones sociales y el pago de la sanción moratoria. Con tal propósito, indicó que no existe discusión en torno a la existencia de la relación laboral celebrada entre las partes. Así, citó los artículos 127, 145, 148, 161 y 197 del C.S.T. y 167 del C.G.P., además, jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, las providencias SL2784 de 2021 y SL4260 de 2020, para precisar que en el sector privado no existe un precepto legal que consagre incremento salarial para aquellos trabajadores que devenguen un salario superior al mínimo legal mensual vigente.

Conforme a lo anterior, se propuso verificar los medios de convicción allegados por las partes, significando que dentro del contrato de trabajo y sus modificaciones, no se especificó que la jornada laboral de la demandante pasaría de ser una jornada ordinaria para hacer incompleta y aun a pesar de que sus condiciones laborales hayan tenido modificaciones, en virtud de las restricciones médicas emitidas por la ARL. Refirió que en el otrosí suscrito el 8 de marzo del año 2013, de manera expresa en la cláusula 2° se señaló por las partes que las reubicaciones laborales realizadas no desmejoran condiciones laborales y se mantendrían las iniciales pactadas.

Precisó que si una persona devenga el salario mínimo legal mensual vigente se debe reajustar de acuerdo con el incremento señalado por el Gobierno Nacional, pero si la persona devenga una suma superior, no existe disposición legal que obligue al empleador a realizar el aumento. Adujo que, si el trabajador labora por debajo de la jornada máxima legal, su contraprestación será equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Bajo ese horizonte señaló que, desde el inicio del contrato de trabajo, las partes dejaron claro que las bonificaciones e incentivos extralegales, ocasionales o no darían cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, no obstante, la enjuiciada le otorgaba a la demandante sumas no constituidas de salario de conformidad con el artículo 128 del C.S.T., toda vez que estos pagos eran realizados por mera liberalidad del empleador.

Tras analizar el interrogatorio de parte de la demandante, indicó que no existe medio probatorio tendiente a demostrar que aquella devenga un salario inferior al mínimo legal mensual vigente, ni que la enjuiciada haya congelado la remuneración devengada, además, dijo que no es posible reajustar los conceptos no constitutivos de salario, debido a que estos no han sido recibidos de forma constante durante toda la relación laboral, quedando excluidos de cualquier ajuste, máxime cuando no se pretende que sean tenidos como factor salarial dentro de la demanda. Por consiguiente, dijo que no obran elementos de juicio, para proceder al reajuste de los salarios, situación que a partir de la cual le imponía absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra. (Expediente digital, audio AUDIENCIA VIRTUAL 11001310501820200007000-20220707_162741-Meeting Recording)

4. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Se debe actualizar el salario percibido por la actora desde el año 2012 y, en esa medida reajustar las prestaciones sociales que aduce tener derecho?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 15 de abril de 2002 y que aún se mantiene; tampoco la labor desempeñada por la trabajadora. Las citadas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino, además, se corroboran con el contrato de trabajo y sus otrosí modificatorios y certificaciones laborales adiadadas 31 de enero de 2018 y 8 de febrero de 2019 (Expediente digital, PDF 02-1 FOLIO 1 A 201, pág. 26 y s.s.).

Reajuste salarial

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone la demandante, quien pretende reajustes en su salario, cumple memorar que acorde con lo dispuesto en el artículo 27 del CST todo trabajo dependiente debe ser remunerado y, es por lo que el artículo 132, establece en su numeral 1º:

"1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales."

De lo anterior se desprende la libertad que tienen las partes de pactar el salario en sus diversas modalidades, imponiéndose como límite que lo percibido por el trabajador no sea inferior al salario mínimo legal vigente o bien al fijado entre las partes, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Ahora, cumple recordar que de conformidad con el artículo 148 del CST, en tratándose de trabajadores del sector privado, los incrementos salariales son aplicables en forma obligatoria cuando se trate de remuneraciones que sean en cuantía de salario mínimo. En ese sentido, los empleadores no estarán obligados a efectuar incrementos con base en el IPC, a menos que se trate de trabajadores que devenguen el salario mínimo o exista pacto entre el trabajador y empleador, convenciones colectivas o fallos arbitrales que obliguen al dador del laborío reajustar el salario. Sobre el tema objeto de análisis, es pertinente traer a colación la sentencia SL4701-2020, en la que la Sala de Casación Laboral de la CSJ, explicó:

"En lo relacionado con los reajustes salariales anualizados, vale decir por la Sala que el demandante no demostró un instrumento legal o extralegal que ordenara su realización (CSJ SL4392-2019), al tiempo que resulta improcedente dar aplicación a la normativa que es aplicable con exclusividad a los empleados públicos."

Así mismo, para el caso de los trabajadores del sector privado y los trabajadores oficiales, los incrementos salariales de origen legal son inaplicables de forma obligatoria salvo que se trate de la actualización de remuneraciones que tengan una cuantía de salario mínimo; luego, si la remuneración del interesado superaba aquel valor, no es obligatorio su incremento."

Efectuadas las anteriores precisiones, y con miras a establecer si la encartada desconoció dichos límites en tanto considera la promotora del proceso que a partir del año 2012 no le fue incrementado su salario, debe precisar la Sala desde ya, que contrario a lo indicado por aquella, los medios de prueba incorporados al plenario llevan al convencimiento de que el dador de laborío no menoscabó derechos laborales mínimos e irrenunciables de la trabajadora, al punto que de los mismos no se puede deducir que el empleador haya realizado pagos por debajo del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad o que exista un fundamento normativo o extralegal que obligue a aquel aumentar el salario como consecuencia del incremento del índice de precios al consumidor o conforme a los parámetros del Gobierno Nacional para el acrecentamiento del salario mínimo, en los términos solicitados en la demanda.

Es de anotar que se allegó como prueba al informativo, el contrato de trabajo adosado al expediente digital, mismo en el que se puede evidencia la existencia de un acuerdo de voluntades entre la señora Carolina Hurtado Ibáñez y Salud Total S.A. EPS – S, mediante el cual, en materia salarial, pactaron la suma de \$400.000, lo cual corresponde a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de su suscripción, esto es, 15 de abril de 2002.

Además, conforme al material probatorio arrojado de manera legal y oportuna se verifica que las partes suscribieron otrosí al contrato laboral, mediante el cual, para abrir del 2011, el empleador se comprometió a incrementar en una suma equivalente \$14.955 los beneficios no constitutivos de salario, teniendo una remuneración de \$535.600

equivalente al salario mínimo mensual legal vigente y la suma de \$227.105 no constitutivos de salario. Para abril de 2012, un incremento de \$3.814 a los beneficios no constitutivos de salario, quedando con un salario mínimo mensual legal vigente de \$566.700 y \$199.819 no constitutivo de salario. Para el 1 de mayo de 2016, a través de un otrosí, las partes modificaron la cláusula segunda del nexo laboral, mediante el cual la encartada se comprometió pagar a la actora por los servicios prestados la suma de \$767.000, lo cual es equivalente a 1.11 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De lo que se infiere, como lo apunta la A quo, que de ese pacto entre trabajador y empleador, no se resquebrajaron derechos mínimos e irrenunciables de la promotora de la litis, en tanto, entre las partes, se acordaron sumas iguales o superiores al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y que por causa de ello, en el primero de los casos, el empleador se vio obligado a efectuar el incremento conforme a lo dispuesto en el artículo 147 del C.S.T., aspecto que cumplió; mientras que en el segundo, al recibir sumas superiores al salario mínimo, resultaba facultado para no incrementar el salario ante la inexistencia normativa o instrumento extralegal que impusiera el deber para el dador del laborio reajustarlo, y así se debe entender ya que sobre ello ninguna probanza adosó al diligenciamiento tendiente a demostrar acuerdo o convención en tal sentido por las partes.

Bajo ese contexto, queda claro que no se equivocó la cognoscente de primer grado al inferir que entre las partes existe un pacto de salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y en algunos periodos sumas superiores a este, sin que en el segundo de los casos haya fundamento normativo o extralegal, con miras a incrementarlo; límites que como se vieron fueron respetados por el empleador, pues así se evidencia, además, de los comprobantes de pago que se incorporaron al proceso, mismos que si se revisan con detenimiento llevan a concluir que para los años 2012 al 2015, 2018 y 2019 el empleador realizó pagos conforme a salario mínimo legal mensual vigente, para cada anualidad y en los años 2016 y 2017 una suma superior a éste, de conformidad con el acuerdo celebrado entre las partes.

Debe precisar la Sala que si bien de los comprobantes de nómina se observa que el empleador realizó pagos por concepto de incapacidades médicas y bonificaciones extralegales, también lo es que dentro del escrito primigenio no se solicita reliquidación de las prestaciones económicas de las que fue beneficiaria, ni se hizo petición tendiente a obtener que esos auxilios constituyan factor salarial, por manera que al no ser pedido en la demanda, por la misma razón rebatido por la parte accionada, bien sea contestando a lo expuesto, proponiendo excepciones y aportando pruebas, tampoco debatido en primera instancia, impide a esta Corporación realizar algún pronunciamiento en tal sentido.

Además, mal haría esta Sala en acceder a las pretensiones relacionadas con la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, ante el fracaso del reajuste salarial pedido; además, las anteriores consideraciones sirven para también enervar los planteamientos de la demanda en torno a que fue objeto de actos de acoso laboral, dada a las actitudes retaliatorias de las que fue presuntamente objeto por su empleador a causa de sus patologías. Lo anterior, en tanto que no fue objeto de discusión al interior del proceso, por lo cual, efectuar un pronunciamiento en tales sentidos conlleva a violentar el derecho de contradicción y defensa de la accionada, lo cual no puede permitir esta Sala.

En todo caso no se encuentran acreditadas las situaciones que aduce la accionante, de haber sido compelida por parte de su empleador o que se encuentre *ad portas* de una represión por haber iniciado esta causa petendi, de tal manera que lleve a esta

Corporación a tomar medidas correctivas en pro de garantizar derechos fundamentales de aquella. Por manera, que no existiendo medio de convicción más que su propio dicho, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria de la Juez primigenia.

Costas

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 3 de septiembre del 2019, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ELIZABETH MESTRE HERNÁNDEZ
Demandados: FIDUPREVISORA S.A. Y OCUPAR TEMPORALES S.A.
Radicado No.: 08-2019-00204-01
Tema: INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA-
APELACIÓN DE SENTENCIA- CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Elizabeth Mestre Hernández instauró demanda ordinaria contra Fiduprevisora S.A. y Ocupar Temporales S.A., con el propósito de que se declare que la terminación del contrato de trabajo es ineficaz, por cuanto no se probó que las actividades para las cuales fue contratada por duración de la obra o labor contratada hubieren finalizado, por manera que al carecer de eficacia debe aceptarse que prestó servicios bajo la modalidad de contrato a término indefinido. En consecuencia, pidió que se dispusiera a su favor de manera solidaria el pago de los salarios, cesantía, prima de servicios, vacaciones y aportes pensionales causados desde el finiquito del vínculo laboral y hasta el reintegro a su cargo. De manera subsidiaria solicitó que se condene a las demandadas de manera solidaria el pago de la indemnización por despido sin justa causa y en todo caso costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió el 11 de marzo de 2017 contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada con la empresa de servicio temporal Ocupar Temporales S.A., para desempeñarse como trabajadora en misión en la empresa usuaria Fiduprevisora S.A., vínculo laboral que finalizó el 27 de agosto de 2018. Refirió que devengaba un salario de \$4.593.247, además, que cumplió funciones de auditoría de médicos contratistas que prestan servicios de salud a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Precisó que dentro del contrato de trabajo no se especificó el límite de las actividades o producto por entregar con miras a determinar en qué momento finaliza la labor, además, aunque la EST envió comunicación tendiente a informarle que la labor culminará el 27 de agosto de 2018, tampoco le informó que tipo de productos o informes debía entregar para dar por concluida la labor contratada. Agregó que en la actualidad la codemandada Fiduprevisora S.A. continúa efectuando la auditoría de los contratistas médicos de manera interrumpida, además, que es solidaria de las obligaciones enrostradas, por cuanto la subordinación como empleador la ejerció directamente sobre la actora. (Expediente digital, PDF

01Expediente FLS1-234, págs. 58 a 64).

2. Contestación de la demanda

2.1. Fiduprevisora S.A. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que al no ser empleador de la actora, no

podía terminar el contrato de trabajo que existió entre ésta y Ocupar Temporales S.A., además, por cuanto no se configura ninguno de los eventos que la legislación prevé para el reintegro de la trabajadora; aunado a que es sabido que los usuarios no responden solidariamente por las eventuales obligaciones de las EST frente a los trabajadores en misión. Frente a los supuestos fácticos aceptó el enlistado en el numeral 6° relacionado con que el servicio personal de la demandante se prestó en sus instalaciones. Respecto de los demás señaló no ser cierto o constarle y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, carencia de derecho, cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de solidaridad entre las codemandadas, compensación, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01Expediente FLS1-234, págs. 82 a 95).

2.2. Ocupar Temporales S.A. En auto adiado 10 de agosto de 2021, la falladora de primer grado tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF 01Expediente FLS1-234, págs. 303 y 304).

3. Llamamiento en garantía

3.1. Liberty Seguros S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que la actora suscribió contrato de trabajo con Ocupar Temporales S.A., en consecuencia, es ésta quien se encuentra a cargo de tramitar sus pagos y reclamaciones, a más porque no hay responsabilidad solidaria en la EST y Fiduprevisora S.A., dada la relación comercial entre estas, quienes de manera clara pactaron que el servicio contratado sería prestado a cuenta y riesgo de la contratista, asumiendo las relaciones laborales y obligaciones del caso, para su ejecución. Además, dijo que no existe identidad de objeto, ni se dan las condiciones de los supuestos señalados en el artículo 34 del C.S.T.

Como excepciones de fondo formuló las de inexistencia de elementos establecidos en el artículo 34 del C.S.T., inexistencia de la obligación, la conducta de Fiduprevisora S.A., en el presente caso ha sido de buena fe, diligente y libre de culpa, inexistencia de la obligación a cargo de la asegurada que se encuentre amparada por la aseguradora, pagos de salarios y de prestaciones sociales en cabeza de Ocupar Servicios Temporales S.A., los pagos efectuados por concepto de salarios y prestaciones sociales por parte del empleador son válidos y se ajustan al contrato de trabajo, riesgos inasegurables, ausencia de solidaridad, prescripción y genérica.

Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, sostuvo que no se cumplen los presupuestos para que se haga efectiva la póliza, en tanto, se escapa del alcance del aseguramiento, dado a que el empleador de la demandante es EST y no se cumplen los criterios de responsabilidad solidaria entre las codemandadas. En su defensa propuso las excepciones de ausencia de siniestro para la póliza No. 2898411, sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones previstos en la póliza y genérica. (Expediente digital, PDF 01Expediente FLS1-234, págs. 262 a 287).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de junio del 2022, en la que la falladora condenó a la demandada Ocupar Temporales S.A. al reconocimiento y pago de la suma de \$18.526.096, por concepto de indemnización por despido injusto conforme al artículo 64 del C.S.T., gravándola en costas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar, entre otras cosas, si la terminación del vínculo laboral por obra o labor que ató a las partes resulta ineficaz y si aquel mutó a un contrato de trabajo a término indefinido y, de ser así, si hay lugar a ordenar de manera subsidiaria al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Con tal propósito, precisó que no existe discusión en torno a que entre la actora y

Ocupar Temporales S.A., existieron dos contratos de trabajo por el término de duración de la obra o labor contratada, el primero vigente entre el 1º de septiembre de 2017 al 28 de febrero de 2018 y el segundo entre el 1º de marzo al 27 de agosto de 2018, en vigencia de los cuales la demandante desempeñó como trabajadora en misión en el cargo de profesional 5, al servicio de la empresa usuaria Fiduprevisora S.A., devengando un salario mensual de \$4.593.247. Agregó que tampoco fue materia de litigio que el empleador de manera unilateral decidió finalizar la última relación laboral que sostuvo con la promotora del litigio.

En ese sentido, aclaró que se pronunciaría respecto de esta última relación laboral habida cuenta de la inconformidad que presenta el actor y sobre el cual se cimienta el libelo genitor. Bajo ese horizonte, citó la sentencia SL-2827 de 2020, para significar que en la cláusula tercera del contrato de trabajo celebrado entre las partes se dejó sentado su duración por la obra o labor contratada, de manera que no era posible acceder a la súplica de la actora, relativa a declarar que es a término indefinido.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa señaló que el empleador decidió finiquitar la relación laboral aduciendo la terminación de la obra o labor para la cual fue contratada. De esta manera, citó el literal "d" del artículo 61 del C.S.T. y con base a ello, una vez se adentra al análisis del acervo probatorio, mencionó que entre las codemandadas se celebró un contrato comercial núm. 1-9000-039-2018 el 1 de marzo de 2018, el cual finalizó el 28 de diciembre del mismo año, según lo manifestado por la Fiduprevisora S.A., por lo que concluyó que la actividad para la que fue contratada la demandante surgió por el nexo comercial celebrado entre estas.

Dijo que como el contrato de trabajo estaba atado a la comunicación que finalmente la empresa usuaria debía enviar a la codemandada a fin de finiquitar la relación existente entre ellas, sin que exista prueba documental sobre tal aspecto en proceso, es claro que el desahucio se produjo sin justa causa. (Expediente digital, audio AUDIENCIA ORDINARIO 2019 00204 (3)-20220609_093659-Grabación de la reunión).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Ocupar Temporales S.A.** formuló recurso de apelación argumentando que para los contratos de trabajo de obra o labor no requiere específicamente de un requisito que haya omitido agotar. Refirió que en el proceso obra documental mediante la cual se le comunica a la actora la terminación del contrato de trabajo, con motivo de la finalización de la labor que desempeñó en la Fiduprevisora S.A., es decir, dada la temporalidad que presenta por su condición de trabajadora en misión y que por obvias razones no podía permanecer en forma indefinida en la EST.

Precisó que, aunque hubo la falencia de la respuesta en la demanda en tiempo, la actora en el interrogatorio de parte practicado confesó que se le pagó por completo sus acreencias laborales, además que se le comunicó la finalización de sus labores mediante carta suscrita por la encartada. Adicionó que el contrato de trabajo celebrado entre las partes es válido, por lo que cuando la empresa usuaria comunicó la terminación del servicio, la EST enteró de tal decisión a la trabajadora, requisito que en todo caso no es de forma o *sine qua non* para culminar con su nexo laboral.

Esbozó que el contrato comercial suscrito entre las codemandadas tiene un término de vigencia definido y específico, sin embargo, no existe un procedimiento dentro de las compañías que dé lugar a comunicar a la trabajadora que se va a terminar el mismo. Resaltó que el nexo laboral no podía ir hasta diciembre de este año, porque ya se había celebrado otro contrato con la demandante que fue en el año 2017, por ende, no podía extenderse más allá y por eso la empresa usuaria avisa y comunica que la obra finaliza.

Insistió en que la obra o labor determinada culminó conforme al artículo 61, literal “d” del C.S.T., a más porque no se podía prorrogar dado a que se superaría los límites impuestos por el legislador para esta clase de vinculaciones. (Expediente digital, audio AUDIENCIA ORDINARIO 2019 00204 (3)-20220609_093659-Grabación de la reunión).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Liberty Seguros S.A. Alegó en su favor aduciendo que entre la parte demandante y la empleadora Ocupar Servicios Temporales S.A. se suscribieron dos contratos de trabajo por el término de duración de la obra o labor contratada, quien se desempeñó como trabajadora en misión en el cargo de profesional grado V al servicio de la empresa usuaria Fiduprevisora S.A. y el salario devengado correspondió a \$4.593.247. Refirió que la EST terminó unilateralmente y sin justa causa la última relación laboral con la actora el 27 de agosto de 2018.

6.2. Fiduprevisora S.A. En su escrito de alegaciones refirió que existieron dos relaciones jurídicas distintas e independientes entre sí que no vinculan a las señora Elizabeth Mestre Hernández con Fiduprevisora S.A. y que evidencian que no es la llamada a responder por las acreencias laborales deprecadas por la demandante en su escrito de demanda y menos solidariamente, pues conforme a lo establecido en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no aplica para aquellos contratos en donde el objetivo es el suministro de personal el misión, pues dicha norma aplica para el caso de los contratistas independientes y no para las Empresas de Servicios Temporales y sus usuarias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo la juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral, modalidad contractual, duración y sus extremos temporales, tampoco la labor que desempeñó y salario devengado, ni que Ocupar Temporales S.A. finalizó el vínculo laboral. Las anteriores conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo, certificación laboral, carta de terminación del contrato de trabajo y liquidación definitiva de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF 01Expediente FLS1-234, págs. 42 a 50).

Despido sin justa causa

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si en efecto debe revocarse la condena respecto del pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del CST, pues aduce la apelante que la sentenciadora primigenia incurrió en un desatino al pasar por alto que la finalización del nexo laboral que ató a las partes se dio como consecuencia de la aplicación del artículo 61, literal “d” del C.S.T., dada la culminación del contrato comercial que celebró con Fiduprevisora S.A.; situación que

considera la censura que de haber sido apreciada por la A quo, le hubiera permitido confirmar la razón objetiva que invocó en la terminación del contrato de trabajo.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Hecha tal precisión, como se dijo con anterioridad, ninguna discusión se generó en torno a la modalidad de duración del contrato que celebraron las partes y que fue deducida por la cognoscente de primer grado, esto es que las partes convinieron que fuera por duración de la obra o labor determinada, modalidad consagrada en el artículo 45 del C.S.T.

Así, en aras de esclarecer lo que se debate, en efecto la documental que milita en páginas 42 a 44 del PDF titulado "01Expediente FLS1-234" se acredita aquella modalidad de vinculación, cuya duración, atendiendo la literalidad de su parte introductoria, se circunscribe a que:

"OBRA O LABOR. Prestación de servicios para la selección, contratación y administración del personal para las diferentes dependencias de la empresa usuaria en las ciudades de Bogotá D.C. (...) y en que caso de requerirse en otras ciudades.

EMPRESA USUARIA: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A."

De allí que las partes, en la cláusula tercera del mismo contrato de trabajo, hayan pactado:

"TERCERA. DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR CONTRATADA. *El presente contrato durará hasta el momento en que finalice la obra o labor particular a cargo del TRABAJADOR EN MISIÓN referida al inicio del presente contrato. EL TRABAJADOR EN MISIÓN reconoce y acepta por medio del presente contrato, que el mismo terminará en el momento en que LA EMPRESA USUARIA informe a la EST que terminó la obra o labor particular para la cual fue enviado el trabajador en misión, por lo tanto, no habrá lugar al pago de indemnización alguna por parte del EMPLEADOR."*

De manera que surge patente que la duración del laborío dependía, sin condicionamiento distinto, a la subsistencia misma del vínculo comercial que existió entre las codemandadas Fiduprevisora S.A. y Ocupar Temporales S.A., cuyo objeto consistió, según contrato núm. 1 – 9000-039-2018 en que:

"PRIMERA. – OBJETO: *El CONTRATISTA con autonomía técnica y administrativa, se obliga con el CONTRATANTE, a prestar los servicios como empresa de servicios temporales para la selección, contratación y administración del personal en misión para las diferentes dependencias del CONTRATANTE en las ciudades (...); y en caso de*

*requerirse en otras ciudades a nivel nacional, de acuerdo con los términos de la Convocatoria Pública N° 006 del 2018 y conforme a las propuestas presentada por el **CONTRATISTA**, documentos que hacen parte integral del presente **CONTRATO**."*

Teniendo una vigencia, según se anota de la cláusula tercera, de:

"TERCERA. – PLAZO DE EJECUCIÓN Y VIGENCIA: *El plazo de ejecución del contrato es de **DIEZ (10) MESES**, contado a partir de la suscripción del **ACTA DE INICIO**, previó cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución. La vigencia del contrato será por el plazo de ejecución y cuatro (4) meses más."*

Conforme a lo anterior, si la duración del contrato de trabajo estaba supeditada a la ejecución y vigencia del contrato comercial, surge como evidente que la demandada sólo quedaba legitimada para finiquitar de modo legal, entre otras, por terminación del convenio suscrito con la Fiduprevisora S.A., esto es, conforme al literal d) del art 61 del C.S.T., en el primer evento, o por la configuración de alguna de las causales establecidas en el literal a) del art 7 del Decreto 2351 de 1965 o previo pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de lo pactado conforme al artículo 64 del C.S.T.

Siendo ello así en cuanto al modo en que terminó la relación laboral, el caudal probatorio da cuenta válidamente que su finalización correspondió a una decisión unilateral que se justificó en lo definido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., es decir, en la causa legal consistente en terminación de la obra o labor contratada.

Empero, como el nexo comercial finalizó el 28 de diciembre de 2018, hecho que no fue objeto de reparo por las partes, fuerza concluir que la terminación del contrato de trabajo de la actora que se produjo el 27 de agosto de 2018 no obedece a la causal legal invocada, esto es, por culminación de la obra o labor contratada, ya que como se vio al estar atado el vínculo laboral al contrato núm. 1 – 9000-039-2018 celebrado entre las encartadas, éste debió permanecer vigente hasta no tanto finalizara este último, de modo que, no encontrándose justificación alguna, para dar por terminada la relación laboral, es claro que deberá la encartada indemnizar a la accionante, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 *ejusdem*, tal y como lo dedujo con acierto la cognoscente de primer grado.

Por consiguiente, se mantendrá incólume la decisión de primer grado, al no evidenciar la Corporación error en las intelecciones que llegó la A quo para concluir que en el *sub judice* se dan las condiciones para condenar a la encartada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, no sin antes precisar que en lo que respecta a la manifestación contenida en la apelación de la llamada a juicio referente a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales no debía exceder el límite temporal en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, de ahí que debió finalizar el vínculo laboral a la trabajadora, que este resulta ser un argumento nuevo en el proceso y por tal motivo no puede ser de ninguna forma avalado, debido a que el contrato comercial que celebró con la Fiduprevisora S.A. estuvo vigente aun cuando se produjo el desahucio laboral, de manera que, aunque es cierto que no podía exceder la temporalidad que señala la citada norma, atendiendo a la modalidad contractual celebrada con la trabajadora, el contrato de trabajo también debía estar vigente, por lo que no podía disponer del modo de terminación señalado en el literal d) del artículo 61 del C.S.T.

A lo anterior se debe sumar que, ante la circunstancia de romper los límites del servicio temporal, debió finiquitar no solo el nexo laboral que sostuvo con la demandante, sino, además, el comercial que suscribió con Fiduprevisora S.A., dado a que este tipo de servicio fue concebido con un carácter transitorio, excepcional y taxativo, determinadas por

circunstancias específicas, del que no está previsto para cumplir una necesidad permanente de la usuaria; de allí que no prospere la alzada.

Los anteriores razonamientos, son más que suficiente para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado.

Costas

En esta instancia a cargo de la demandada Ocupar Temporales S.A. y a favor de la actora, ante la no prosperidad del recurso de apelación propuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 9 de junio del 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de Elizabeth Mestre Hernández y a cargo de Ocupar Temporales S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

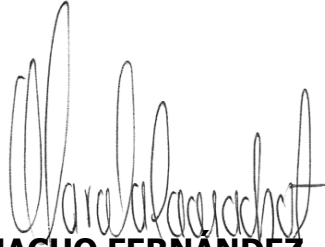


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Elizabeth Mestre Hernández y a cargo de Ocupar Temporales S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ADRIANA SILVA ORDÓÑEZ
Demandados: LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTRAS
Radicado No.: 23-2020-00439-01
Tema: BONO PENSIONAL- APELACIÓN DE SENTENCIA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Adriana Silva Ordóñez instauró demanda ordinaria contra Notaría Treinta y Cinco del Círculo de Bogotá, La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP y Superintendencia de Notariado y Registro, con el propósito de que se declare que laboró al servicio de la primera de las citadas durante el periodo comprendido entre el 8 de marzo de 1985 y 14 de julio de 1994, periodo durante el cual cotizó a Cajanal E.I.C.E. y Fonprenor, de manera que tiene derecho al reconocimiento del bono pensional tipo A, el cual debe ser emitido, expedido y redimido por la Oficina de Bonos Pensionales de la cartera ministerial demandada a nombre de la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada, por lo que su ex empleador, así como la UGPP y Superintendencia de Notariado y Registro son responsables de certificar el tiempo servido, afiliación y cotización pensional.

En consecuencia, solicitó se condene a que la Notaría Treinta y Cinco del Círculo de Bogotá expida el certificado Cetil, para bono pensional, por el tiempo laborado; a la UGPP certificar si estuvo afiliada cotizando aportes a Cajanal E.I.C.E. durante el periodo entre el 8 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 1994; y a la Superintendencia de Notariado y Registro certificar si el empleador cumplió con la obligación de afiliación y cotización para efectos pensionales. Así mismo, pidió se ordene a La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público emisión, expedición y redención del bono pensional, por el tiempo servido en la Notaría Treinta y Cinco del Círculo de Bogotá. Por último, solicitó lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó de forma interrumpida al entonces ISS entre el 1 de diciembre de 1978 al 31 de octubre de 2001, un total de 159.57 semanas. Narró que fue nombrada para desempeñar el cargo de asistente jurídico en la Notaría Treinta y Cinco del Círculo de Bogotá, entre el 8 de marzo de 1985 al 14 de julio de 1994, realizando aportes a Cajanal E.I.C.E., desde el 8 de marzo de 1985 y hasta el 31 de marzo de 1994, para un total de 466.14 semanas y del 1 de abril de 1994 al 14 de julio del mismo año a Fonprenor.

Refirió que Pedro Casas Morales, Notario Treinta y Cinco del Círculo de Bogotá, falleció sin haber tenido posibilidad de certificar el tiempo de servicio, utilizando los formatos

preestablecidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para el trámite del bono pensional. Expuso que se trasladó de régimen pensional, vinculándose inicialmente Colfondos S.A. y posteriormente a la AFP Porvenir S.A., donde se encuentra actualmente afiliada, por lo que, al haber realizado el traslado, tiene derecho a que por el tiempo trabajado en la notaría se reconozca bono pensional con destino a la administradora de pensiones. (Expediente digital, PDF Demanda (1), págs. 5 a 23)

2. Contestación de la demanda

2.1. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no reposa ningún expediente administrativo a nombre de la actora, de modo que resulta imposible afirmar o negar la vinculación con Cajanal, además, emitir certificación de una situación que no le consta. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 21° a 24° y respecto de los demás señaló no ser cierto o constarle. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaración de responsabilidad, auténtica imposibilidad de cumplir con una eventual condena y genérica. (Expediente digital, PDF 08.ContestaciónDemanda).

2.2. Superintendencia de Notariado y Registro. Dio respuesta con oposición de todas y cada una de las pretensiones. Atinente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1° y 5°, señalando frente a los demás que no le consta dado a que no tiene injerencia sobre los mismos, además, por cuanto no es su responsabilidad hacerse cargo del archivo de las notarías, pues estas no son dependencias de la entidad, en tanto los notarios no son funcionarios ni pertenecen a su planta. Formuló las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, hecho exclusivo y determinante de un tercero e innominada. (Expediente digital, PDF 09.ContestaciónDemanda)

2.3. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Al contestar el libelo introductorio se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos 33°, 35° y 43° y en su defensa refirió que la actora tiene derecho a que se emita en nombre suyo un bono pensional tipo A modalidad 2, por haberse trasladado al régimen de ahorro individual con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y tener una historia laboral de cotización al ISS o a cajas públicas superior a 150 semanas. Refirió que el bono concurre emisor y único contribuyente la Nación, además, la fecha de redención normal del mismo tuvo lugar el 24 de junio de 2019, fecha en la que la demandante alcanzó los 60 años.

Indicó que el estado actual del bono pensional es el de liquidación previsional, el cual de conformidad con los establecido en el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016, no constituye una situación jurídica concreta. Precisó que la emisión y redención del Bono Pensional sólo tendrá lugar en derecho cuando la AFP Porvenir S.A. solicite al “eventual” emisor del mismo, autorizada por la beneficiaria, mediante la aprobación de la liquidación provisional que la AFP presente, procedimiento que hasta el 17 de marzo de 2021 no ha tenido ocurrencia. Formuló las excepciones de fondo que denominó ausencia de responsabilidad en el reconocimiento pensional de la demandante, buena fe y genérica.

(Expediente digital, PDF 10.ContestaciónDemanda)

2.4. Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá. En auto adiado 29 de junio de 2021, el fallador de primer grado tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF 14.AutoFijaFecha).

2.5. AFP Porvenir S.A. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. celebrada el 27 de julio de 2021, se dispuso su integración como litis consorte necesario

por pasiva y en tal carácter, la vinculada presentó escrito de intervención con oposición de las pretensiones de la demanda, aduciendo que desconoce si existió relación laboral o no en los términos señalados por la demandante, además, si cotizó a Cajanal E.I.C.E., para los periodos 8 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 1994 y a Fonprenor del 1 de abril al 14 de julio de 1994. Respecto de los hechos admitió los enlistados en los numerales 1°, 17° al 20° y frente a los demás dijo no constarle o ser ciertos. Formuló las excepciones de fondo que denominó falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 24.ContestaciónDemanda).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 11.NotificaciónAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de mayo del 2022, en la que el fallador declaró que entre la demandante y el notario Treinta y Cinco del Circuito, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de marzo de 1985 al 14 de julio de 1994, periodo durante el cual realizó aportes a pensión en Cajanal E.I.C.E. entre el 8 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 1994 y a Fonprenor a partir del 1 de abril al 14 de julio de 1994. Declaró en los meses de abril a junio de 1994 devengó la suma de \$297.100 y en el mes de julio del mismo año la suma de \$148.550, además, que la actora tiene derecho al reconocimiento del bono pensional tipo A, por el tiempo laborado en la notaría.

Así las cosas, ordenó a la UGPP, certificar los salarios sobre los cuales el notario realizó los respectivos aportes a pensión a Cajanal E.I.C.E., especificando en la certificación los documentos que tiene en cuenta para ello; a la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, expedir certificación electrónica de tiempos laborados CETIL, necesaria para la consolidación de la historia laboral de la actora, en relación con el tiempo laborado con el notario. En caso de que la UGPP certifique que no cuenta con la información necesaria respecto de algunos meses o ciclos, ordenó que deberá tomarse los salarios que determinó; a la AFP Porvenir S.A., para que una vez se expida la CETIL, realice los trámites necesarios para la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional; a La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que contribuya con las gestiones que estén a su cargo y que permitan generar la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional al que tiene derecho la actora. Por último, condenó en costas a la UGPP y a favor de la demandante.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, señaló que, de conformidad con la certificación arrimada por la demandante, claramente podía evidenciar que aquella prestó servicios a favor del señor Pedro Casas Morales, quien era Notario Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, desde el 8 de marzo de 1985 al 14 de julio de 1994. Así, respecto del bono pensional citó el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 y con bajo ello dijo que le correspondía discernir si el empleador realizó los correspondientes aportes a pensión.

Con tal propósito, se adentró al análisis probatorio, para significar que de conformidad con la certificación expedida el 31 de agosto de 2017, por el coordinador del grupo de reconocimiento de pensiones y carteras de vivienda de la Superintendencia de Notariado y Registro, resulta claro que a favor de la demandante se realizaron aportes al liquidado Fonprenor a partir del 1 de abril al 14 de julio de 1994. Referente a las cotizaciones realizadas a Cajanal E.I.C.E., evidencia que en efecto se hicieron, dada las actas de visita general practicadas por la Superintendencia de Notariado y Registro a la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, en relación con sus empleados y la obligación del notario con la citada administradora pensional.

Agregó que al diligenciamiento se aportaron comprobantes de pago de salario en los que se refleja el valor que se descontó con destino a Cajanal, además, se incorporaron al plenario comunicaciones dirigidas a ésta a través de la cual el notario remite los pagos de los aportes, con la respectiva relación de salarios del personal, para los años 1987 a 1990, 1993 y enero de 1994, documental que tiene el sello de recibo de la citada entidad. A lo que sumó la respuesta del derecho de petición donde se reconoce por la UGPP que existen soportes de pago de aportes pensionales.

Concluyó del haz probatorio la procedencia para declarar que en su momento el ex empleador si realizó las respectivas cotizaciones a pensión a favor de la demandante durante la vigencia del contrato de trabajo a Fonprenor y Cajanal E.I.C.E., de manera que tiene derecho al reconocimiento del bono pensional tipo A reclamado, de allí que sea necesario para el trámite del mismo que se expida el correspondiente CETIL, con el fin de consolidar la historia laboral, por parte de quien fungió como empleador de la misma.

En relación con los salarios que deben ser tomados para tal efecto, indicó que la notaría demandada debía tener en cuenta la certificación expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro y en el certificado que se ordena expedir a la UGPP, respecto de los salarios conforme con los cuales se efectuaron las cotizaciones, dado a que en este proceso existe suficiente prueba documental mediante la cual se determina que se hicieron aportes a Cajanal E.I.C.E., información que debe reposar exclusivamente en la UGPP, quien asumió el pasivo pensional de la caja, conforme a los Decretos 4269 de 2011, 1222 de 2013 y 1833 de 2016. (Expediente digital, audio AUDIENCIA EXP. 2020 - 00439-20220504_084155-Grabación de la reunión).

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que de conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política, no es deber del Juez declarar cuáles son sus responsabilidades como autoridad administrativa, ya que dicha determinación es propia de la Ley; cuestión diferente sería que la actora encuentre en cabeza de la UGPP un deber legal y por ello solicite su cumplimiento, situación que no se presenta dado a que en el escrito de demanda no se dejó fundamento jurídico que soporte las pretensiones elevadas en su contra. Refirió que el empleador es responsable de las certificaciones pertinentes para la solicitud del bono pensional, así como es función del Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitirlo, siempre que se acrediten los presupuestos para su reconocimiento. Indicó que no tiene ningún expediente administrativo a nombre de la actora, con lo cual resulta imposible certificar los salarios. (Expediente digital, audio AUDIENCIA EXP. 2020 - 00439-20220504_084155-Grabación de la reunión).

5.2. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su alzada esgrimió que las pruebas que valoró el A quo son válidas para la certificación CETIL que debe hacer la notaría, más no para dar cumplimiento al Decreto 190 de 2001, como quiera que aquel *“establece que el único documento válido es los recibos de pago con sello de Cajanal”*, por lo que para la cartera ministerial no es admisible que cualquier otro tipo de prueba como las actas elevadas por la Superintendencia de Notariado y Registro sean tenidas en cuenta para validar el pago efectivo de cotizaciones a favor de la actora. (Expediente digital, audio AUDIENCIA EXP. 2020 - 00439-20220504_084155-Grabación de la reunión).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que con la documental aportada y demás pruebas allegadas, se logró demostrar que laboró al servicio de la Notaria 35 del Círculo De Bogotá entre el 8 de marzo de 1985 y el 14 de julio de 1994, periodo durante

el cual cotizó para pensiones a CAJANAL E.I.C.E. y FONPRENOR, por tanto, tiene derecho al reconocimiento de bono pensional Tipo A por el tiempo de servicio no cotizado.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones solicitó se confirme la sentencia de primer grado toda vez que se encuentra ajustada a derecho, pues como expuso se le encargó a la administradora realizar todos los trámites pertinentes para la liquidación, redención y pago del bono pensional con base en la obligación legal que le atañe para estos efectos y que por supuesto depende de las instrucciones recibidas de terceros.

6.3. Superintendencia de Notariado y Registro. Solicitó que se confirme la decisión de primer grado, dado que la certificación que pretende la demandante por esta vía judicial no la puede expedir la Superintendencia, sino, únicamente respecto de la información que reposa frente a Fonprenor, pues claramente, dentro de las funciones inherentes a la entidad, no se encuentra la de asumir el archivo de las distintas Notarías.

6.4. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Sostuvo en su escrito que no le asiste razón al Juzgado de conocimiento, en tanto la condenó a emitir y pagar bono pensional por periodos, no asumidos por la Nación, supuestamente cotizados a Cajanal por parte del empleador de la demandante.

6.5. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP. Peticionó declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud pensional de la demandante, siendo el competente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por tanto, debe ser desvinculada de la acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP y La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta a su favor en lo que no hayan apelado y le sea desfavorable.

1. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: **(i)** ¿Se debe condenar a Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la emisión, expedición y pago de un bono pensional por las cotizaciones realizadas por la actora al otrora Cajanal EICE y Fonprenor, entre el periodo del 8 de marzo de 1985 y 14 de julio de 1994? En consecuencia **(ii)** ¿La UGPP deberá certificar el IBC que tuvo en cuenta la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá para realizar los aportes pensionales, dado a que fue quien asumió el pasivo pensional de Cajanal EICE, conforme a los Decretos 4269 de 2011, 1222 de 2013 y 1833 de 2016?

2. Supuestos facticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que la demandante nació el 24 de junio de 1959 y que estuvo afiliada al otrora ISS, hoy Colpensiones, desde el 10 de julio de 1995, realizando aportes en calidad de trabajadora del sector privado hasta el 31 de octubre de 2010, logrando cotizar un total de 159.57 semanas; quien se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con fecha de efectividad en el mes de noviembre de 2001, cotizando un total de 38.57 semanas, y que con posterioridad se afilió a AFP Porvenir S.A. el 30 de junio de 2002, con fecha de efectividad a partir del 1 de agosto del mismo año.

De igual manera, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral entre Adriana Silva Ordóñez y Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, modalidad contractual y sus extremos temporales, tampoco la labor que desempeñó al interior de la misma. Estas conclusiones se corroboran con la certificación expedida el 23 de junio de 1999 por el Notario Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, quien señaló que la actora se desempeñó como asistente jurídico desde el 8 de marzo de 1985 hasta el 14 de julio de 1994; y con liquidación definitiva de prestaciones sociales del 30 de junio de 1994.

3. Bono pensional Tipo A. El fallador de primer grado, luego de tener por cierto que desde el 8 de marzo de 1985 hasta el 14 de julio de 1994 la actora laboró para la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, adujo que ésta en su calidad de empleadora realizó cotizaciones a favor de la trabajadora, con destino a Fonprenor y Cajanal E.I.C.E., pues así lo evidenciaba de la certificación expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro calendada 31 de agosto de 2018 y de la Acta de Visita General practicadas a la Notaría demandada por esta última.

Por manera, que de conformidad con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público debía reconocer el bono pensional tipo A reclamado, para lo cual era deber del empleador emitir certificación CETIL, con el fin de consolidar la historia laboral de la demandante, además, respecto de los salarios debía tener en cuenta la certificación que expidió la Superintendencia de Notariado y Registro y el certificado que ordenó expedir a la UGPP, dado a que esta última al asumir el pasivo pensional de Cajanal E.I.C.E., es donde debe reposar la información del IBC reportado para la respectiva cotización.

En ese contexto, cumple recordar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir en la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema. Conforme a ello, esa misma disposición reguló las condiciones que deben cumplirse para su reconocimiento por traslado al régimen de ahorro individual, mismos que se transcribieron en el Decreto Ley 1299 de 1994, artículo 2º, señalando que los afiliados al sistema al Sistema General de Pensiones deberán acreditar no solo que al momento del traslado hubiesen cotizado por lo menos 150 semanas continuas o discontinuas, sino, además, alguno de los siguientes requisitos:

- "a). Que estén cotizando o hubieren efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las Cajas o Fondos del sector público;*
- b). Que estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos del orden nacional, departamental, municipal o distrital, con vinculación contractual o legal y reglamentaria;*
- c). Que estén prestando servicios mediante contrato de trabajo con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, siempre que la vinculación laboral se encontrare vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 se hubiere iniciado con posterioridad a la misma fecha;*
- d). Que estén afiliados o hubieren estado afiliados a cajas de previsión del sector privado que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones legales."*

Con base en lo anterior, es claro que el juez de primer grado no erró en la valoración probatoria de las pruebas denunciadas, al concluir que la actora tiene derecho a que le sea reconocido el bono pensional Tipo A, por virtud de que cumplió con el requisito

señalado en el literal "a", al haber realizado al momento del traslado al régimen de ahorro individual cotizaciones a Fonprenor y Cajanal E.I.C.E., durante el periodo de 8 de marzo de 1985 hasta el 14 de julio de 1994, dada la vinculación que sostuvo con la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá.

Ello es así, dado a que del Acta de Visita General practicada por la Superintendencia de Notariado y Registro a la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá los días 17 de febrero de 1989, 15 de febrero de 1991 y 30 de abril de 1993, se destaca de tal prueba documental que allí se dejó sentado que el empleador afilió a sus trabajadores a la Caja Nacional de Previsión, entre ellos, a la demandante, encontrando que realizó aportes pensionales, pues así lo evidenciaba de los comprobantes de pago que se verificaron en las diligencias. Además, en Acta de Visita General del 16 de agosto de 1995 se verificó debidamente legajados todos los recibos de pagos correspondientes a los aportes mensuales a Fonprenor, durante el periodo comprendido entre el 18 de julio de 1994 al 31 de julio de 1995. (Expediente digital, PDF 32. Actas). Esta última acta se convalida con la certificación expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro el 31 de julio de 2017, mediante la cual se certificaron los pagos que Adriana Silva Ordóñez realizó por concepto de aportes pensionales durante los periodos de abril a julio de 1994.

Así, contrario a lo planteado por la censura, este elemento probatorio acredita que la actora realizó cotizaciones tanto a Fonprenor como a Cajanal E.I.C.E., por ende, no derruye la aseveración del cognoscente de primer grado sobre el cumplimiento del literal "a" del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, a fin de lograr la obtención del bono pensional por el periodo comprendido entre el 8 de marzo de 1985 hasta el 14 de julio de 1994, para financiar una eventual prestación.

Debe precisarse que tales documentos al ser públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza, en los términos del artículo 257 del C.G.P., por manera que debe apreciarse su fuerza valorativa, máxime cuando las demandadas no los tacharon de falsos en la etapa procesal respectiva, ni se cumplió con la carga de contraprobar lo declarado conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, de manera que no hay ninguna razón para restarle validez.

Por consiguiente, en lo que hace a este punto de apelación, se mantendrá en firme la sentencia de primer grado.

4. Salario base de liquidación. Importa precisar que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 indica que para determinar el valor de los bonos se debe establecer una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, tomando para efectos del cálculo, entre otros factores, el salario "*base de cotización*" a 30 de junio de 1992 o en su defecto el último salario devengado antes de esa data si se encontraba cesante.

En ese sentido, para determinar el salario base del bono pensional de la demandante al 30 de junio de 1992, dado que para esa fecha el vínculo laboral con la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá se encontraba vigente, debe calcularse tomando como referencia el salario máximo asegurable para el año de 1992, pues la disposición aplicable a efectos de liquidar el monto del bono pensional no es otra que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Cabe aclarar que en torno a la discusión que giró sobre la aplicación del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, mismo que señalaba que el salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia era el salario o el ingreso base de liquidación respecto del salario devengado, la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, desató dicha controversia argumentando que no es dable aplicar el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, para los casos como el que hoy atañe el estudio a esta Corporación, sin que de manera alguna se pretenda dar efectos retroactivos a la sentencia C-734-2005, misma que declaró inexecutable el citado literal. (SL1857-2021, SL2956-2021, SL1699-2022, entre otras)

Bajo tal contexto, el A quo determinó que entre el mes de mayo de 1992 a enero de 1993, la actora devengaba la suma de \$210.000, por manera que al no ser refutada por ninguna de las partes y al no superar el monto máximo asegurable, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, el cual, establece que la categoría máxima era 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$665.070, tal suma es la que debe tenerse en cuenta como base de cotización de la afiliada para la citada calenda, de ahí que también sea la base del bono pensional que se ordena.

En esas condiciones, la Sala considera que el A quo incurrió un desatino al señalar en la decisión de primer grado que la base del salario debe ser el que se certifique por la UGPP o los salarios que en últimas encontró devengados durante la vinculación con la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, pues como se ha venido diciendo, este debe ser conforme lo dispone el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, siempre que se limite al monto máximo asegurable, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año.

Por lo anterior, resulta imperativo **REVOCAR** el numeral 4º y **MODIFICAR** el ordinal 5º de la sentencia confutada, para en su lugar, ordenar a la Notaría Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, que deberá expedir la certificación electrónica de tiempos laborados CETIL, necesaria para la consolidación de la historia laboral de la actora, teniendo para tal efecto un salario mensual de **\$210.000**, suma que además deberá tenerse en cuenta para liquidar el bono pensional. En ese orden, se **ADICIONARÁ** el numeral 8º de la sentencia apelada y consultada, para además **ABSOLVER** a la **Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP**, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se **REVOCARÁ** el numeral 9º de la misma, en cuanto la condenó en costas.

5. Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 5º de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **ORDENAR** a la **NOTARÍA TREINTA Y CINCO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, expedir certificación electrónica de tiempos laborados CETIL, necesaria para la consolidación de la historia laboral de la demandante, teniendo para tal efecto un salario mensual de \$210.000, suma que así mismo se deberá tenerse en cuenta para liquidar el bono pensional a que tiene derecho la demandante, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal 8º de la sentencia confutada, para además **ABSOLVER** a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP**, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: REVOCAR los numerales 4º y 9º de la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP** certificar salarios sobre los cuales la Notaría Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá realizó aportes a pensión, y la gravó en costas procesales, conforme a lo motivado.

CUARTO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: SIN COSTAS en la alzada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JORGE OVIDIO SOTELO VILLAMIL
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 23-2021-00535-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Ovidio Sotelo Villamil instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, se ordene a la AFP accionada traslade los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorros. Así mismo, a Colpensiones a recibirlo y conceder la pensión de vejez, más las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó al ISS el 1 de mayo de 1980 y hasta septiembre de 1997, fecha en la que fue visitado por un asesor comercial de Horizonte, quien le manifestó que iba adquirir una mejor pensión, para trasladarse. Refirió que el asesor no le ofreció información real, completa, clara y comprensible, acerca de los beneficios reales y consecuencias adversas que traería el traslado entre regímenes. (Expediente electrónico, PDF 1.Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 04.Notificación); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Indicó que dentro del expediente podía evidenciarse la negligencia del actor con respecto a consultar su situación pensional, por tanto, sabiendo las obligaciones como consumidor financiero y dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, no quedaría otra alternativa sino la de concluir que en el caso se presentó un error de derecho, el cual, a voces de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento, debiéndose mantener su afiliación al RAIS al ser totalmente válida.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de

régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06.ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda información pertinente y necesaria. Consideró sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que arriba, en atención a que el actor no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo.

Refirió que no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que aquel durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones. Agregó que contó con múltiples oportunidades para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que ha estado vinculado, además, indicó que no es viable que, transcurridos más de 20 años de su traslado inicial, tenga voluntad de retornar al RPM, cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto, situación que no lo hizo y resolvió continuar haciendo sus aportes al mismo.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 05.ContestaciónDemanda)

3.3. AFP Protección S.A. En auto del 2 de marzo de 2022, se dispuso su integración como litisconsorte necesario por pasiva y en tal carácter, la vinculada presentó escrito de intervención con oposición de las pretensiones de la demanda, aduciendo que previo al traslado de régimen pensional efectuado por el actor, los consultores brindaron asesoría clara, expresa, veraz y oportuna acerca de las implicaciones jurídicas y económicas de efectuar dicho movimiento, valiéndose, entre otros medios, de proyecciones pensionales comparativas verbales. Preciso que dichas proyecciones están basadas en la información aportada por el potencial afiliado al momento de la asesoría, aclarando que, estos cálculos pueden variar con el transcurrir del tiempo, salario, estado civil y número de hijos, haciendo que las condiciones pensionales varíen de modo tal que se hace necesario que se vuelvan a realizar en el momento de conceder el reconocimiento del derecho.

Formuló las excepciones de fondo que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 09.ContestaciónDemanda)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de junio de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizado el 9 de julio de 1997 a AFP Protección S.A. y por ende a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenó a las AFP Privadas a trasladar a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del actor, junto con los rendimientos causados, sin

la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración y por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia, debidamente indexado.

Condenó a Colpensiones de las AFP todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos al fondo común que administra, convalidando en la historia laboral, debiendo reconocer y pagar la pensión de vejez conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la cual, queda supeditada a la fecha de retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones para pensión. Ordenó que la prestación se pagará a razón de 13 mesadas anuales, teniendo en cuenta para calcular el IBL las reglas establecidas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y frente a la tasa de reemplazo el artículo 34 de la misma disposición.

Para arribar a tal decisión se propuso verificar si es viable declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual ante la falta de información necesaria para el traslado entre regímenes. Con tal propósito, indicó que la selección del régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe ser libre, voluntaria e informada al usuario del sistema de la seguridad social. Dijo que de conformidad con el artículo 1604 del C.C., el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones de quienes emanan una responsabilidad de carácter profesional.

Con fundamento en lo anterior, precisó una vez se refirió al caudal probatorio aportado al proceso, así como a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que los fondos de pensiones demandados no allegaron elementos de persuasión tendientes a acreditar que suministraron información necesaria y relevante al momento de traslado de régimen pensional. Indicó que el formulario de solicitud es insuficiente para cumplir con la carga probatoria del deber de información, además, no evidenciaba confesión del demandante que diera cuenta del conocimiento sobre la información recibida por parte de los fondos de pensiones. Concluyó que las AFP no se ocuparon de brindar asesoría de forma directa e idónea a aquella, aspectos que le imponían acceder a la ineficacia del traslado.

En lo que hace a la petición de reconocimiento pensional, sostuvo que en armonía al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el demandante ostenta la edad de 62 años, así mismo, de cara a la historia laboral cuenta con un total de 1.830 semanas de cotización, acreditando los requisitos para ser acreedor a la prestación económica que reclama. Frente a su disfrute señaló que de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, no existe medio de convicción que haga constar el retiro al sistema general de pensiones, por el contrario, evidenció del interrogatorio de parte que se le practicó al actor, que aquel confesó que actualmente se encuentra trabajando, por manera que debía ordenar a Colpensiones únicamente el reconocimiento pensional una vez acredite el retiro del servicio. (Expediente electrónico, audio AUDIENCIA EXP. 023-2021-00535-20220623_114257-Grabación de la reunión)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que aunque es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre ineficacia del traslado por faltas imputables al deber de información, la misma Corte Suprema de Justicia ha aclarado que esa jurisprudencia resulta aplicable de manera diferenciada y se exige una similitud en los supuestos fácticos, mismos que dentro del presente caso no se presentan, como quiera que el demandante, tal y como lo confesó, se afilió de manera libre, informada y voluntaria, con sustento de las cargas impuestas a los fondos privados, para la época de su afiliación.

Indicó que no hay razones que conduzcan a declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el actor se trasladó de régimen pensional, pues la decisión tomada por la parte actora se hizo de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de apremio, por cuanto recibió suficiente información, suscribió formulario de vinculación en los términos de ley y quien manifestó que no estuvo coaccionado, como tampoco elevó ni objeto cualquier duda en el fondo privado durante 22 años, demostrando falta de diligencia cuando aceptó incluso que suscribió los documentos tan relevantes que vinculan su derecho pensional.

En lo que respecta a la condena de devolver los gastos de administración, seguros y rendimientos indicó que no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, cuando quiera que la consecuencia de la aplicación de dicha figura es declarar que el negocio jurídico jamás se celebró, de tal manera los frutos productos de la gestión realizada tampoco se generaron. Agregó que los rendimientos financieros al ser privativo del régimen de ahorro individual pondrían al demandante en una condición diferente y mejor a la que ostentaba en caso de haber permanecido en el régimen de prima media, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Atinente al traslado de los recursos de los gastos de administración manifestó que estos montos tienen una destinación específica que en este caso cumplió su cometido, de tal suerte que esas sumas fueron debidamente invertidas y se trata de dineros que no están en poder del fondo. Refirió que las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos.

(Expediente electrónico, audio AUDIENCIA EXP. 023-2021-00535-20220623_114257-Grabación de la reunión)

5.2. Colpensiones. Formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado alegando que para momento del traslado no existía obligación del deber de información, no obstante, pese a ello, el demandante en su interrogatorio de parte dejó en evidencia que conocía someramente condiciones del régimen, además, hizo hincapié que en el momento del traslado se encontraba ocupado cumpliendo otros deberes, de tal manera que esa situación particular no puede ser atribuible al fondo de pensiones privado.

Resaltó que la entidad es ajena al acto del traslado realizado, no obstante, para dicho momento el único requisito válido era la firma del formulario, con el cual se demuestra la información que el fondo de pensiones le dio al actor. Referente al reconocimiento pensional sostuvo que aquel no se encuentra afiliado a Colpensiones, razón por la cual no le compete reconocer la prestación económica ordenada, máxime cuando lleva 20 años cotizando a fondos privados.

(Expediente electrónico, audio AUDIENCIA EXP. 023-2021-00535-20220623_114257-Grabación de la reunión)

5.3. AFP Protección S.A. En su alzada argumentó que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, el 3% del IBC de las cotizaciones de los afiliados se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, de modo que al declararse la ineficacia del traslado, no es procedente devolver lo que descontó por estos conceptos, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, descuentos realizados conforme a la Ley y como contraprestación a una buena gestión, además, en lo que refiere al seguro previsional, este fue cancelado a una aseguradora para amparar la invalidez y sobrevivencia del actor, por lo que está imposibilitada para recobrar y devolverlo a Colpensiones. Refirió que la devolución de aportes, rendimientos y costos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante.

(Expediente electrónico, audio AUDIENCIA EXP. 023-2021-00535-20220623_114257-Grabación de la reunión)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento de este y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen, alegados por el actor, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial con todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de contradicción.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del actor reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez al demandante?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que Jorge Ovidio Sotelo Villamil se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones, con cotizaciones desde el 1 de abril de 1980 al 31 de julio de 1997 (Expediente electrónico, PDF 05.ContestaciónDemanda, págs. 26 y s.s.), quien suscribió formulario de afiliación con AFP Protección S.A. el 9 de julio de 1997 (Expediente electrónico, PDF 09.ContestaciónDemanda, pág. 16); posteriormente, se afilió a AFP Porvenir S.A. el 28 de julio de 2002 (Expediente electrónico, PDF 05.ContestaciónDemanda, pág. 26), donde se encuentra actualmente; situaciones fácticas que tampoco fueron controvertidas por las partes.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría

tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió el demandante, entre tanto, aquel se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"*, en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se

encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Protección S.A. en el año 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 9 de julio de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocetrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que

exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no engloba de manera expresa la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos al momento de la devolución también se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Pensión de vejez Ley 797 del 2003

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

i) Edad

El demandante cumplió el requisito de edad de 62 años el 25 de marzo de 2022, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1960, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

ii) Semanas

Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A., se evidencia que el demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.830 semanas a diciembre de 2021. Por tanto, acertó el Juez primigenio al señalar que el gestor del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, tal y como lo indicó el fallador de primera instancia. Finalmente, debe señalarse que la pensión del actor debe liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicando una tasa de reemplazo de acuerdo con lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación confirmará en lo que hace a este punto de apelación, la sentencia de primer grado.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 23 de junio de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **JORGE OVIDIO SOTELO VILLAMIL**, debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

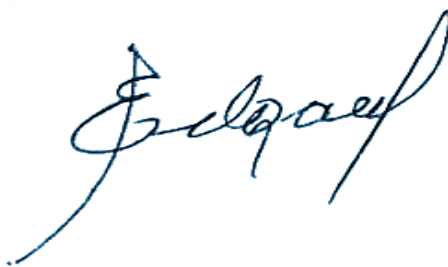
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LILIANA PATRICIA PERDOMO MONTOYA
Demandados: HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE JOSÉ JOAQUÍN PONTÓN ESPINOSA
Radicación: 29-2018-00339-01-02
Tema: EXCEPCIÓN PREVIA- INDEMNIZACIÓN MORATORIA- APELACIÓN PARTES

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir el siguiente,

AUTO Y SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Liliana Patricia Perdomo Montoya, instauró demanda ordinaria contra Alfonso Pontón Vélez, Marcela Pontón Vélez, Amparo Pontón Vélez, José Joaquín Pontón Vélez y Mirta Marcela Bermúdez de Acosta, como herederos determinados de José Joaquín Pontón Espinosa y en contra de los herederos indeterminados de aquel, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo celebrado con el causante desde el 27 de junio de 1994 al 30 de diciembre de 2015.

En consecuencia, se condene a los citados herederos determinados, así como a los indeterminados, las cesantías correspondientes al año 2009 a 2015 y la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por su no consignación al fondo de cesantías; intereses a las cesantías correspondientes al año 2015; fracción de vacaciones correspondientes del 28 de junio al 30 de diciembre de 2015; indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria, indexación e intereses moratorios, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar para el señor José Joaquín Pontón Espinosa, mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 27 de junio de 1994, para desempeñar el cargo de secretaria. Refirió que percibió a la finalización del vínculo laboral una suma de \$740.000, además, que el lugar donde prestó sus servicios fue en la Clínica de Marly de la ciudad de Bogotá. Indicó que la relación contractual culminó el 30 de diciembre de 2015, fecha en la que presentó carta de renuncia motivada.

Explicó que las razones que dieron lugar a la terminación de la relación laboral fueron por la continua demora en el pago de salarios y prestaciones sociales, situación que se vio agravada por el hecho de ser madre cabeza de familia y depender de su remuneración. Sostuvo que no fue afiliada a un fondo de cesantías, además, se le adeudan las cesantías de los años 2009 a 2015, así como las demás acreencias laborales peticionadas. Por último, mencionó que su empleador falleció el 9 de febrero de 2017. (Expediente digital, PDF

2. Contestación de demanda

2.1. Marcela Pontón Vélez, Alfonso Pontón Vélez, José Joaquín Pontón Vélez y Amparo Pontón Vélez. En su respuesta se opusieron a la totalidad de las pretensiones de la demandada argumentando que no le es posible negar o reconocer la existencia de la relación alegada por la demandante y José Joaquín Pontón Espinosa, por tanto, en igual sentido ocurre con la existencia de las obligaciones que hubieren surgido entre los mismos. Frente a los supuestos fácticos aceptaron los enlistados en los numerales 15°, 16° y 20°, relacionados con la fecha del fallecimiento del señor José Joaquín Pontón Espinosa, que los demandados son herederos determinados de aquel y que en el Juzgado 39 Laboral cursa proceso del causante en contra de Liberty Seguros, donde aparece la señora Mirta Bermúdez como sucesora procesal en su calidad de compañera del causante. Atinente a los demás señalaron no contarles.

En su defensa propusieron como excepciones de fondo las que denominaron falta de capacidad para ser demandados, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de pagar indemnización por terminación unilateral sin justa causa del contrato individual de trabajo, pago parcial y/o compensación, mala fe de la demandante, buena fe de la demandada, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteaFolio280, págs. 78 a 96, 178 a 215 y 229 a 247).

2.2. Mirta Marcela Bermúdez de Acosta. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda atendiendo a que lo reclamado deviene de una relación laboral con una persona ajena. Indicó que no ostenta la calidad de heredera, en tanto que no ha sido declarada por el juez competente, además, porque la sociedad conyugal que existió fue disuelta y liquidada como da cuenta el acto entre vivos de disolución y liquidación de la sociedad adelantado ante la Notaría 77 del Círculo de Bogotá el 10 de agosto de 2012.

Sostuvo que no se encuentra facultada para comparecer al proceso de conformidad con el artículo 27 del C.P.T. y de la S.S., aunado a que el juzgado no es competente para conocer de lo pretendido, esto es, definir el traspaso de las obligaciones reclamadas a los demandados, por cuanto aun los mismos no ostentan la calidad de herederos debido a que no ha sido declarado y, por tanto, es incierto si los llamados tienen la calidad de suceder o no las obligaciones del causante. Refirió que el derecho que se pretende recaudar deberá hacerse valer en la sucesión correspondiente con la finalidad de que de manera solidaria y a prorrata a los sucesores declarados se les descuenta de su participación en lo que les corresponde de la masa sucesoral. Agregó que existe una falta de integración del litisconsorcio necesario debido a que no se convoca como responsable de las pretensiones a los herederos indeterminados del fallecido.

Atinente a los hechos aceptó el 15° y 20°, pero frente a los demás no le constó o dijo no ser ciertos. Formuló como excepciones previas las de falta de competencia, falta de integración del litisconsorcio necesario, indebida acumulación de pretensiones, no haberse presentado prueba de la calidad de heredero y como de fondo las que denominó inexistencia de la calidad de heredera, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteaFolio280, págs. 113 a 147).

2.3. Herederos indeterminados de José Joaquín Pontón Espinosa. Al contestar la demanda a través de Curadora Ad Litem, se opusieron a las pretensiones de la actora, argumentando que no pueden negar ni reconocer la relación laboral entre la actora y el fallecido. Aceptaron los hechos enlistados en los numerales 15°, 16° y 20° y los restantes manifestó no constarles. Propusieron como excepción previa la de prescripción,

inexistencia de las causas que soportan la demanda, mala fe de la demandante y cobro de lo no debido. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteaFolio280, págs. 346 a 356).

3. Auto apelado. Para los fines que interesan al recurso de apelación, en audiencia del que trata el artículo 77 del CPT y SS, celebrada el 26 de enero del 2022, el Juzgado dispuso, entre otras cosas, declarar no probada la excepción previa denominada no haberse presentado prueba de la calidad de heredero, en tanto consideró que con la escritura pública núm. 1817 de la Notaría 77 del Círculo de Bogotá, se establece que el causante y la demandada contrajeron matrimonio el 22 de junio de 2005 y a pesar de que fue liquidada la sociedad, tiene la calidad de heredera del difunto. Sostuvo que en todo caso se determinará si existió o no una sociedad patrimonial y, por tanto, solidaridad a la fecha del fallecimiento del causante. (Expediente digital, audio 009Grabaciónart77continuación).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la señora **Mirta Marcela Bermúdez de Acosta** formuló recurso de apelación señalando que la actora no aportó prueba idónea para determinar que funge como heredera para actuar en el proceso. Aclaró que es distinto el hecho de que haya sido cónyuge del señor José Joaquín Pontón Espinosa y la calidad de heredera que no se probó en este asunto. Insistió en que no refulge en tal calidad, ya que la sociedad fue disuelta y liquidada. (Expediente digital, audio 009Grabaciónart77continuación).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de agosto del 2022, en la que la falladora declaró que entre José Joaquín Pontón Espinosa y Liliana Patricia Perdomo Montoya existió una relación laboral entre el 27 de junio de 1994 al 30 de diciembre de 2015. Declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción y en esa medida condenó a los demandados en calidad de herederos y solidarios a pagar a la demandante cesantía del año 2009; a Alfonso Pontón Vélez, Marcela Pontón Vélez, Amparo Pontón Vélez y José Joaquín Pontón Vélez las cesantías del 11 de agosto de 2012 al 30 de diciembre de 2015; intereses a las cesantías y vacaciones del 4 de julio al 30 de diciembre de 2015; los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del C.S.T., sobre las prestaciones objeto de condena a partir del 1 de enero de 2017 y hasta que se realice el pago; indexación de las sumas objeto de condena y costas del proceso.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación la sentenciadora de primer grado se propuso verificar, entre otras cosas, si entre la actora y el causante José Joaquín Pontón Espinosa existió un contrato de trabajo desde el 27 de junio de 1994 al 30 de diciembre de 2015 y si como consecuencia de ello se deben cancelar las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductor. Con tal propósito, afirmó que se encontraba debidamente acreditado que entre ellos existió un contrato laboral a término indefinido, dentro de los extremos temporales aludidos en la demanda, pues así lo indicaron los demandados cuando estos fueron interrogados, la certificación laboral que expidió el causante y la historia laboral de Colpensiones.

Así, una vez determinó las acreencias laborales adeudadas, en lo que hace a la indemnización moratoria y sanción por la no consignación de cesantías señaló que la demanda fue presentada 24 meses después de la terminación del vínculo laboral y que entonces, en caso de ser condenada la primera de estas, lo sería únicamente respecto del pago de intereses moratorios a partir del mes 25, en los términos del artículo 65 del C.S.T.

Bajo ese horizonte, refirió que las indemnizaciones citadas no son de aplicación automática, sino, que en cada caso debe valorarse el actuar del empleador y si de ello emerge buena fe, se eximirá de su pago, en armonía a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Conforme a ello, aludió a la inexistencia de prueba que permita exculpar al empleador en el no pago de las acreencias laborales,

máxime cuando que por su condición de hijos del causante debían conocer si tenían algún motivo que pudiera justificar el impago, pudiendo arrimar los medios de persuasión para acreditarlo, situación que no ocurrió. Así las cosas, dijo que debía imponer la condena únicamente de la indemnización moratoria en los términos ya señalados.

En lo atinente a la responsabilidad de los herederos indicó que el empleador falleció el 9 de febrero de 2017 y como quiera que los señores Alfonso Pontón Vélez, Marcela Pontón Vélez, Amparo Pontón Vélez y José Joaquín Pontón Vélez fueron demandados en tal carácter, debía condenarlos por las sumas objeto de condena. Agregó que se encuentra acreditado su condición de hijos y cónyuge del causante, con los registros civiles, permitiendo así el artículo 87 del C.G.P. y la sentencia 7755 del 7 de marzo de 1996. Por manera que, en lo que tiene que ver con la señora Mirta Marcela Bermúdez de Acosta, si bien dijo que no tenía calidad de heredera, sin embargo, debía ser condenada en solidaridad de conformidad con el artículo 7º de la escritura pública que aportó. (Expediente digital, audio 012GrabaciónSentencia).

6. Impugnación y límites del ad quem

6.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación indicando que de conformidad con la testimonial recepcionada se pudo comprobar que Mirta Marcela Bermúdez de Acosta fue esposa del señor Pontón hasta el día de su fallecimiento y que el documento celebrado ante notaría tuvo como fin de que no los persiguieran sus acreedores, evidenciando que el fallecido constituyó un usufructo a su favor, respecto de un bien de propiedad de la demandada. Expediente digital, audio 012GrabaciónSentencia).

6.2. Marcela Pontón Vélez, Alfonso Pontón Vélez, José Joaquín Pontón Vélez y Amparo Pontón Vélez. Inconforme con lo resuelto, los demandados apelaron la sentencia de primer grado. Soportaron su disenso, en que no se demostró en el presente asunto que su conducta y la del causante fuese fraudulenta frente a la demandante, por el contrario, se evidenció en el proceso pagos de aportes al sistema de seguridad social, con lo cual deja entrever que era cumplido de sus obligaciones como empleador. Sostuvo que la indemnización moratoria no es de aplicación inmediata, de ahí que debió valorarse su conducta y la de él, comportamiento que no fue de mala fe, máxime cuando fue recto y leal respecto del vínculo contractual que mantuvo con la demandante.

Por otro lado, refirió que la señora Mirta Marcela Bermúdez de Acosta ostentó la calidad de compañera del causante hasta su muerte, pues así lo acreditaron las testimoniales, razón por la cual es responsable solidariamente de sus acreencias laborales. Expediente digital, audio 012GrabaciónSentencia).

6.3. Herederos indeterminados. En su alzada manifestó que los argumentos utilizados por la A quo para impartir condena sobre la indemnización moratoria dejaron evidencia que aquella es de aplicación automática, dado a que se contradice al valorar la prueba documental de la carta de despido, la cual, contrario a lo inferido, en ella la demandante se va agradecida por la oportunidad laboral y pide la liquidación, sin que relacione que el empleador adeude acreencias durante la vigencia de la relación laboral.

De otra parte, afirmó que existe una condena vulnerando el principio “*de que no puede castigarse dos veces por la misma situación una conducta*”, dado a que los intereses moratorios del artículo 65 del C.S.T., se dan para reprochar y castigar la conducta omisiva frente al impago de prestaciones sociales o salarios, más no sobre todas las acreencias que fueron condenadas, como lo es las vacaciones. Expuso que se procedió a condenar paralelamente la indexación sobre un mismo concepto y es allí donde se quebranta el citado principio,

de manera que debe por parte de esta Sala corregirse el yerro. Expediente digital, audio 012GrabaciónSentencia).

6.4. Mirta Marcela Bermúdez de Acosta. Como razones de su disenso manifestó que, con la escritura pública de disolución y liquidación de la sociedad conyugal del 10 de agosto de 2012, cesó cualquier efecto patrimonial frente a una posible condena, oportunidad en que los cónyuges indicaron que no existía ninguna deuda, por tal motivo, no pueden ahora existir obligaciones anteriores a la fecha de su suscripción. Refirió que, aunque las cesantías se causan año a año, su exigibilidad tan solo fue a la terminación de la relación laboral, esto es, el 30 de diciembre de 2015, cuando ya se encontraba disuelta y liquidada la sociedad patrimonial. Expediente digital, audio 012GrabaciónSentencia).

7. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de auto y principio de consonancia. Sea lo primero indicar que el auto que decida sobre excepciones previas es apelable en los términos del numeral 3° del artículo 65 del CPT y de la SS., en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por **Mirta Marcela Bermúdez de Acosta** se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A *ejusdem* que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

1.1. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente: ¿Es procedente declarar la excepción previa denominada no haberse presentado prueba de la calidad de heredera con la que actúa la demandada Mirta Marcela Bermúdez de Acosta, al haberse disuelto y liquidado la sociedad conyugal que mantuvo con el señor José Joaquín Pontón Espinosa mediante escritura pública núm. 1817 de la Notaría 77 del Círculo de Bogotá?

1.2. Excepción previa. Para decidir sobre la legalidad de la providencia impugnada, mediante la cual declaró no probada la excepción previa prevista en el numeral 6 del artículo 100 del CGP, esto es, no haberse presentado prueba de la calidad de hereda con la que actúa la demandada Mirta Marcela Bermúdez de Acosta dentro del presente asunto, cumple recordar que el artículo 87 del C.G.P., dispone que cuando se pretenda demandar en proceso declarativo o de ejecución a los herederos de una persona, la demanda se dirige en contra de estos si se conocen y frente a los indeterminados; y en caso de que no se conozcan, ya sea porque el proceso de sucesión no haya iniciado y se desconocen los nombres, la demanda deberá dirigirse indeterminadamente contra todos los que tengan dicha calidad.

De cara a dicho postulado adjetivo, la señora Liliana Patricia Perdomo Montoya instauró demanda ordinaria contra Alfonso Pontón Vélez, Marcela Pontón Vélez, Amparo Pontón Vélez, José Joaquín Pontón Vélez y Mirta Marcela Bermúdez de Acosta, como herederos determinados de José Joaquín Pontón Espinosa y en contra de los herederos indeterminados de aquel. Según se lee del hecho vigésimo de la demanda, el sustento fáctico por medio del cual la parte demandante pretende acreditar tal calidad a Mirta Marcela Bermúdez de Acosta, lo es por la condición que le fue reconocida en el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, esto es, sucesora procesal dentro del proceso ordinario que adelantó el señor José Joaquín Pontón Espinosa contra Liberty Seguros. Para ese mismo efecto, arriba la consulta de procesos de las actuaciones adelantadas dentro del citado proceso ordinario.

Ahora bien, el artículo 85 *ejusdem* dispone que con la demanda se aportará, entre otras cosas, **prueba de la calidad de heredero**, cónyuge, compañero permanente, curador de bienes, albacea o administrador de comunidad o de patrimonio autónomo en la que intervendrán dentro del proceso.

En el presente asunto, la señora Mirta Marcela Bermúdez de Acosta reprocha la decisión proferida por la *a quo*, a través de la cual se declaró no probada la excepción previa con anterioridad señalada y, por tanto, no la excluyó del trámite procesal, considerando que al haber disuelto y liquidado la sociedad conyugal que mantenía con José Joaquín Pontón Espinosa, no era dable mantenerla con la calidad de demandada dentro de la actuación judicial.

En efecto, revisadas las documentales aportadas con el libelo introductor, la parte demandante arrima como medio de prueba la consulta de procesos que la Rama Judicial, mediante una aplicación web ha dispuesto como medio para verificar el estado de un proceso judicial, misma en la que, si bien se registra que José Joaquín Pontón Espinosa inició demanda ordinaria laboral contra Liberty Seguros, en manera alguna se señala que la demandada acudió a esa litis en calidad de sucesora procesal por su condición de compañera del causante y que por la misma razón haya sido declarada como tal dentro de ese proceso, de allí que al no haberse allegado el elemento probatorio por la actora para los propósitos que persigue, es evidente el dislate en que incurrió la *A quo* al no excluirla de la litis.

Debe anotar la Sala que, aunque la juez de primer grado decidió mantenerla dentro del litigio, decisión soportada en la condición de cónyuge del señor José Joaquín Pontón Espinosa, ha de precisarse que, así como lo dijo la recurrente, pese a que se mantuvo vigente el matrimonio entre estos, la vocación hereditaria en principio se disipó al haberse disuelto y liquidado la sociedad conyugal por los contrayentes mediante la constitución de escritura pública núm. 1817 del 10 de agosto de 2012 ante la Notaría 77 del Círculo de Bogotá, que tuvo como efecto únicamente desaparecer la comunidad de sus bienes, en los términos de los artículos 1820, numeral 5º y 1821 del Código Civil.

Por consiguiente, no era dable mantenerla en la litis, pues no se encuentra probado que tenga la legitimidad para ser parte dentro del proceso, ante la falta de prueba de su condición hereditaria del causante; a lo que se suma que cuando decidieron celebrar el acto de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, se dejó por sentado que en caso de existir obligaciones dentro de la vigencia de la sociedad conyugal, cada uno responderá personalmente por las deudas que haya adquirido a título personal frente a terceros, según se observa del numeral séptimo de la citada escritura.

Cabe agregar que, en caso de que Mirta Marcela Bermúdez de Acosta mantenga la vocación hereditaria de José Joaquín Pontón Espinosa, es forzoso concluir que la sentencia que finalmente resuelva la presente controversia, pasará a integrar la universalidad que conforma la herencia, cuya vocería o representación, pasan a tenerla las personas que, **por ley o por testamento, están llamadas a recoger**, en todo o en parte, dicha comunidad universal de derechos y obligaciones, misma que deberá ser definida a través de la decisión judicial de la autoridad competente y no por esta jurisdicción laboral.

Suficiente entonces es lo anterior para tener por probada la excepción propuesta, pues la actora no aportó documento que cimente el llamado de Mirta Marcela Bermúdez de Acosta dentro de las diligencias, lo cual resulta fundamental a la hora de establecer la calidad de heredera del señor José Joaquín Pontón Espinosa, debiéndose por tanto revocar el auto apelado, excluyendo del presente trámite como demandada a la citada.

1.3. Costas. Sin costas en esta instancia judicial.

2. Apelación de sentencia y principio de consonancia. Debido a que fue declarada favorablemente la excepción previa que presentó **Mirta Marcela Bermúdez de Acosta**, por sustracción de materia, no se entrará a definir los recursos de apelación formulados por la demandante y Marcela Pontón Vélez, Alfonso Pontón Vélez, José Joaquín Pontón Vélez y Amparo Pontón Vélez, en lo que concierne a que se mantenga la vinculación de aquella en el diligenciamiento.

En esas condiciones, el recurso de apelación interpuesto por los herederos indeterminados de José Joaquín Pontón Espinosa y las demás razones de inconformidad propuestas en contra de la sentencia de primer grado por Marcela Pontón Vélez, Alfonso Pontón Vélez, José Joaquín Pontón Vélez y Amparo Pontón Vélez, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por los recurrentes.

2.1. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar lo siguiente: ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó la Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.?

2.3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por no ser recurrido por las partes que entre Liliana Patricia Perdomo Montoya y José Joaquín Pontón Espinosa existió una relación laboral, sus extremos temporales, modalidad o duración, salario y la labor que desarrolló la misma y, que en virtud del citado nexo contractual se le adeudan cesantías, intereses a las mismas y vacaciones en la forma y cuantía determinada por la juez primigenia.

2.4. Indemnización moratoria. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió la cognoscente de primer grado al inferir la existencia de mala fe del empleador y sus herederos en la no solución de acreencias laborales a favor de la actora. Así mismo, aducen los recurrentes que los intereses moratorios deben liquidarse teniendo en cuenta únicamente el capital por concepto de prestaciones sociales que quedaron insolutas. Por último, encuentran un error en la intelección que llevó la cognoscente de primer grado al condenar al mismo tiempo la indemnización moratoria y la indexación de las sumas, pese a su incompatibilidad.

Frente a lo primero cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria, sin embargo, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, la misma no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

En el presente asunto, considera la censura que no ha debido de condenarse a la indemnización moratoria dado al fallecimiento de José Joaquín Pontón Espinosa, máxime cuando no se le puede trasladar la mala fe en su condición de herederos.

De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de prestaciones sociales que puede dar lugar a la moratoria, debe ser analizada de acuerdo a las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, es a partir de allí que se imparte la condena, según los presupuestos anotados.

Bajo tal contexto, en primer lugar, advierte la Sala que el fallecimiento del señor José Joaquín Pontón Espinosa (9 de febrero de 2017), no motivó la terminación del vínculo laboral (30 de diciembre de 2015), de hecho, entre los dos sucesos pasó más de un año, sin que exista medio de convicción en el plenario que dé cuenta de la imposibilidad material de realizar inmediatamente el pago de prestaciones sociales adeudadas por parte del empleador, dejando en evidencia que no fue su intención de cancelar la mismas a la finalización del nexo contractual ni mucho menos antes de que se produjera su muerte.

En esa medida, quedan desvirtuadas las manifestaciones de los apelantes según las cuales no existió mala fe del de cuius, sin que ésta conclusión varíe por el hecho de que hubiera cancelado de manera oportuna aportes al sistema general de seguridad social, como aducen los recurrentes o dado a que en la carta de renuncia la actora haya exteriorizado gratitudes por la vinculación laboral que la ató con el fallecido, pues se reitera, la intención del empleador no fue la de cancelar inmediatamente a la finalización las prestaciones sociales que adeudaba a su extrabajadora.

Ahora, considera la Sala que, con posterioridad a dicha situación, esto es, al fallecimiento del señor Joaquín Pontón Espinosa, tampoco se perdió toda posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a cargo de aquel, pues, de cara a su muerte, los herederos tenían a cargo la administración de bienes del causante, debiendo, por tanto, cubrir las obligaciones que se encontrasen insolutas. Y es que, si verifican los medios de convicción allegados al cartapacio, los herederos en ningún momento demostraron imposibilidad para cubrirlas, como tampoco demostraron que actuaron "*con el convencimiento de que nada adeudaban a la accionante, tampoco hicieron una manifestación sobre el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la prestación de sus servicios como trabajador, mucho menos, como ya se señaló, la acreditaron*" (SL-400 de 2019). Ello quiere decir, que con posterioridad a la muerte del empleador la intención de los herederos tampoco fue la de pagar los emolumentos reclamados por la actora, por lo que mal haría esta Sala exonerar de la sanción que persigue la misma.

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto no se observa ninguna razón válida para exonerar el pago el pago de la indemnización moratoria se sigue confirmar en lo que hace a este punto de apelación la sentencia de primer grado.

2.5. Liquidación de la indemnización moratoria. Ahora, como el contexto planteado por los recurrentes se reduce a que se tenga para efectos de los intereses moratorios las prestaciones sociales aquí condenadas, sin que la otra parte repare la forma en cómo se liquidó la condena sobre la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del C.S.T., esto es, otorgando intereses moratorios por haberse presentado la demanda después de los 2 años que dispone la norma, resulta procedente acceder a tal solicitud, pues es claro que las vacaciones por no ser una prestación de tipo social, no puede estar incluida dentro de esta sanción.

Por consiguiente, se dispondrá que para la liquidación de los réditos se tengan en cuenta las sumas aquí ordenadas, pero únicamente, por concepto de prestaciones sociales.

Bajo ese contexto, el numeral 5° de la sentencia confutada será modificado, en el sentido de ordenar el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre el valor de prestaciones sociales reconocidas, que deberán ser pagados entre el 1 de enero de 2017 y hasta la fecha en que se realice el pago total de la obligación, por indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T.

2.6. Incompatibilidad entre la indexación e indemnización moratoria. En lo que hace a este punto de apelación, acierta la censura cuando expone que ante la procedencia de la indemnización moratoria no habrá lugar al pago de la indexación de las prestaciones sociales condenadas, pues, tal y como se ha dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2695-2019, éstas resultan incompatibles.

Así las cosas, se modificará el numeral 6° de la sentencia de primer grado, en el sentido de negar la indexación sobre las prestaciones sociales ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Sin embargo, como las vacaciones no están cubiertas por la referida indemnización y ante su devaluación deberán ser indexadas al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 1 de enero del 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

2.7. Exclusión de la señora Mirta Marcela Bermúdez de Acosta sobre la condena en la sentencia. Debe precisarse que no es posible impartir condena en contra de la señora Mirta Marcela Bermúdez de Acosta, ante la prosperidad de la excepción previa propuesta.

2.8. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman en lo que hace únicamente a los herederos indeterminados, así como a los herederos determinados del causante José Joaquín Pontón Espinosa, señores Alfonso Pontón Vélez, Marcela Pontón Vélez, Amparo Pontón Vélez y José Joaquín Pontón Vélez.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 auto proferido en audiencia celebrada el 26 de enero del 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción previa prevista en el numeral 6 del artículo 100 del CGP, esto es, no haberse presentado prueba de la calidad de heredera con la que se pretende el llamado de Mirta Marcela Bermúdez de Acosta, como sujeto pasivo dentro del presente asunto. En tal virtud, se **ORDENA** excluir del presente trámite como demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida el 1 de agosto del 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá y en tal virtud excluir únicamente a la señora Mirta Marcela Bermúdez de Acosta de la condena por concepto de cesantía del año 2009 al 10 de agosto de 2012.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal 5° de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a los demandados al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre el valor de prestaciones sociales reconocidas, que deberán ser pagados entre el 1 de enero de 2017

y hasta la fecha en que se realice el pago total de la obligación, por la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T.

CUARTO: MODIFICAR el numeral 6° de la sentencia confutada, para en su lugar, **CONDENAR** a los demandados la indexación de la suma que se ordenó cancelar por concepto de vacaciones, teniendo como IPC inicial el 1 de enero del 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas de primera instancia, en lo que hace únicamente a la señora Mirta Marcela Bermúdez de Acosta.

SEXTO: En lo demás, **MANTENER** en firme la decisión.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ARACELY TIQUE LOZANO
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 05-2020-00138-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA - REVOCA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Aracely Tique Lozano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se condene a la encartada reconocer y pagar pensión de sobrevivientes, a partir del 12 de diciembre de 2019, fecha en la que adquirió este derecho; retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con el señor Rafael Calderón Díaz, conformó una unión como marido y mujer, que perduró en el tiempo desde el 17 de mayo de 2005 hasta la fecha de su deceso. Refirió que a aquel le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. 006934 del 25 de noviembre de 1993; no obstante, el 12 de diciembre de 2019, falleció sobreviviendo en condición de compañera permanente como única beneficiaria. (Expediente electrónico, PDF 006. 23.10.2020 Subsanación Demanda)

2. Contestación de la demanda. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que la accionante no demostró convivencia con el causante, tal y como quedó expuesto en la investigación que se citó en la Resolución SUB39514 del 12 de febrero de 2020. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 2°, 3°, 5° y 6°, relacionados con el reconocimiento pensional que hizo a Rafael Calderón Díaz, la fecha de muerte de aquel y la negativa de la pensión de sobreviviente a la demandante. Atinente a los demás señaló no ser ciertos o no constarle. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de los intereses moratorios, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 009. 20.09.2021 Contestación Demanda)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 011. 15.10.2021 Notificación Agencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo del 2022, en la que el fallador declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolvió a la convocada a juicio de las pretensiones de la demanda.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si existió convivencia de pareja entre Aracely Tique Lozano y Rafael Calderón Díaz. Con tal propósito, indicó que al día de fallecimiento del pensionado se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, por manera que el concepto de convivencia, definido por la jurisprudencia, se encuentra previsto como la comunidad de vida forjada en la intención del amor responsable, ayuda mutua, afecto entrañable, apoyo económico, asistencia solidaria y acompañamiento espiritual que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable.

Bajo ese horizonte, se adentra al análisis del acervo probatorio, para significar que efectivamente existe documental que indica que existió una relación de convivencia, dada la declaración extraproceso realizada en vida por Rafael Calderón Díaz y la calidad de beneficiaria en salud que ostenta la actora de aquel. No obstante, refirió que debe analizarse de fondo si en estos casos se pretende aprovechar el subsistema de seguridad social en pensiones, para lograr extender una prestación que le correspondía al pensionado.

Así, anotó que en la demanda se alega que la convivencia inició en el 2005, data para la cual la demandante tenía 35 años, mientras que el pensionado 72 años, circunstancia que no es razonable dada la diferencia en edad. Aseveró que *"no es lo mismo que una persona de 20 años conozca a una persona de 45 años en sus plenas etapas productivas, en su plena profesional o técnica o bien a lo que se dedique, a una persona que ya es de la tercera edad, que se encuentra pensionada y que efectivamente conoce a otra persona mucho más joven (...)"*. En esa medida precisó que los operadores judiciales deben revisar minuciosamente este tipo de situaciones, ya que puede confundirse que relaciones de protección y cariño sean utilizadas indebidamente para defraudar al subsistema.

Apuntó a que no discutía que existió aprecio entre Aracely Tique Lozano y Rafael Calderón Díaz, y que este último cobijó a su vez a su hija y nietas, pero tal aspecto no es indicativo de convivencia. Tras valorar el interrogatorio de parte que surtió la demandante, notó que, tras la muerte de la cónyuge del fallecido, la actora lo que hizo fue seguir cuidándolo, como lo venía haciendo desde el año 1995, precisamente por ese cariño que le profesaba por el hecho de haberla recibido con su hija y las nietas posteriormente en el hogar. Advirtió que esa relación era de respeto profundo y cariño, pero no de convivencia que es la que exige la Ley.

Precisó del material fotográfico incorporado al expediente, que en este evidenciaba *"un par de conocidos celebrando un evento social, llámese la primera comunión de la hija Claudia Marcela, el grado de la hija de Aracely, los cumpleaños de las nietas, pero en ningún momento se ve la expresión de cariño de la señora Aracely (...) como pareja"*. Por el contrario, colegía que la relación que sostuvieron fue de cuidado de una persona de la tercera edad, no una relación de convivencia de pareja con un proyecto de vida común. Refirió que, en la testigo Claudia Marcela Guzmán Tique, hija de la actora, observaba que quien le proveyó su sustento fue Rafael Calderón Díaz, de allí que lo consideraba como su abuelo o padre, máxime cuando no recibió apoyo económico de su progenitor. Empero, no evidenciaba de su dicho la comunidad de vida que se requiere entre su madre y aquel. Agregó que la testigo María del Socorro Bejarano Wallens en nada aportó al proceso.

Todo lo anterior, lo conduce a concluir que no se dieron elementos de una verdadera convivencia, en tanto que existió aprecio, respeto y protección, pero no una convivencia real y efectiva. Así las cosas, absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra. (Expediente electrónico, audio 017. 31.05.2022 Audiencia Art. 80 del CPTSS).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **actora** formuló recurso de apelación argumentando que, aunque es un caso difícil, no obstante, debe ser valorada la prueba practicada bajo la lógica y sana crítica. En efecto, consideró que el A quo valoró erróneamente los elementos de convicción allegados, además, que al existir varios tipos de familia el juez de primer grado discrimina dada a la edad que ostenta la actora, contraviniendo la Constitución Política. Refirió que, si hubo duda por parte del operador jurídico, debió acudir a los principios constitucionales que la carta política prevé y garantizar en pro de la persona menos favorecida.

Indicó que el argumento del fallo se centra en la diferencia de edad que ostentó la pareja, dejando en evidencia que estas personas no tendrían la posibilidad de tener un sentimiento de respeto, amor, cariño y sufrimiento y, *"pareciera que se reduce algo tan material digamos, como lo es el estar besándose en público o tener otro tipo de relaciones de pareja, diferentes a las que establecido la jurisprudencia; me parece señoría que esos discriminatorio, en el sentido de que acá ha quedado totalmente demostrado una convivencia (...) durante más de doce años."*

Expuso que de la prueba documental y testimonial no daba para establecer una relación laboral por la condición de cuidadora que dijo el A quo, de ahí que no haya valorado en debida forma los medios de persuasión, como lo es la declaración extraprocésal que realizó el señor Rafael Calderón Díaz, la cual no fue desconocida por la parte demandada. Dijo que tampoco observó la calidad de beneficiaria al subsistema de seguridad social en salud, además, cometió un error por exceso ritual manifiesto al señalar que en las fotos debía aparecer muestras de cariño.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el fallo de primer grado no se ajusta a derecho dado que se fundó en una equivocada interpretación de las pruebas documentales y las presunciones dadas al interior del proceso. Indicó que se demostró los elementos esenciales de la convivencia de la demandante y el pensionado fallecido, y con ello todos los derechos que la seguridad social le otorga.

6.2. Demandada. Refirió que no se acreditó la convivencia durante los últimos 5 años por parte de la de la demandante, pues como se indicó en la Resolución No. SUB 39514 del 12 de febrero de 2020, finalizada la investigación se estableció que no existió convivencia entre la solicitante y el causante por lo menos en los 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento, aspecto que se corroboró con los testimonios recaudados de vecinos del causante en trabajo de campo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Aracely Tique Lozano, en calidad de compañera permanente del causante Rafael Calderón Díaz, reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte del Colpensiones? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿a partir de que data y si tiene derecho al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Rafael Calderón Díaz, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 09892559, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 12 de diciembre de 2019. (Expediente electrónico, PDF 001. 10.03.2020 Demanda y Anexos, pág. 10)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 12 de diciembre de 2019. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Rafael Calderón Díaz fue pensionado por el entonces ISS hoy Colpensiones, por medio de la Resolución No. 6934 de 1993, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo SUB39514 de 12 de febrero de 2020.

6. Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado. Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

6.1. Calidad de compañera permanente. Al respecto, valga precisar que en el campo de la seguridad social y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)"(CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008).

En el sub lite, de los diferentes actos administrativos expedidos por Colpensiones se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañera permanente, sino el eje toral de discusión es el lapso de los últimos 5 años de convivencia en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se dilucidará más adelante.

6.2. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Aracely Tique Lozano, nació el 17 de junio de 1970 y para la muerte del señor Rafael Calderón Díaz, contaba con 49 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

6.3. Convivencia. Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Aracely Tique Lozano, en calidad de compañera permanente a

reclamar la pensión de sobreviviente ante Colpensiones, dicha entidad mediante Resolución SUB39514 del 12 de febrero de 2020, le negó la misma con fundamento en la investigación administrativa, según la cual **"NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Aracely Tique Lozano, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información verificada, cotejo de la documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró confirmar que el señor Rafael Calderón Díaz y la señora Aracely Tique Lozano, convivieron como pareja desde el 17 de mayo de 2003 hasta 15 de diciembre de 2019, fecha del fallecimiento del causante"**

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en **todos los eventos** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El anterior criterio, se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010/19, SL5169/19 y SL4771-2020.

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que la reclamante sea compañera permanente del pensionado, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en al SL362/21, que reiteró lo dicho en la SL1399/18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)“.

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si la actora acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores a producirse la muerte del pensionado que ocurrió el 12 de diciembre de 2019.

En esa dirección, la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 17 de mayo de 2005 y se mantuvo hasta el óbito del señor Rafael Calderón Díaz y, para ello trae al cartulario declaración extra juicio del mismo pensionado y demandante, misma en la que se anotó *"que estamos conviviendo en unión marital de hecho hace 12 años, conviviendo bajo un mismo techo, compartiendo techo y mesa, de manera permanente e ininterrumpida, de esta unión no han nacido hijos."*; además, la certificación de afiliación al subsistema de seguridad social en pensiones, en la que se registra que fue beneficiaria del fallecido.

De la misma manera, se arrimaron los testimonios de Claudia Marcela Guzmán Tique y María del Socorro Bejarano Wallens; la primera de ellas, hija de la demandante, manifestó que observó convivir a Aracely Tique Lozano y Rafael Calderón Díaz como pareja, quienes dormían juntos y tenían una relación sentimental, razón por la que lo consideraba al causante como su padre. Refirió que su señora madre fue de bajos recursos y dado a esta situación prestó sus servicios como trabajadora del servicio doméstico para la familia del fallecido. Dijo que posteriormente, después de haber fenecido su cónyuge, Aracely Tique Lozano y Rafael Calderón Díaz, le señalaron de la relación de pareja que sostenían, observando que su mamá y padre pasaron a ocupar una sola habitación. Indicó que su papá sostenía los gastos del hogar, vestuario y alimentación, tanto de su mamá como de ella, además, que su progenitora como compañera permanente del óbito convivió durante los últimos 5 años de vida con el causante, sin que se hayan separado.

Por su parte, la señora María del Socorro Bejarano Wallens, hizo saber que conoció a la demandante en el año 1996 cuando ésta inició a laborar a favor de Rafael Calderón Díaz y su anterior esposa, también de nombre Aracely. Señaló que cuando su primera esposa falleció, después de un tiempo, es decir, desde el año 2006, la actora y Rafael Calderón Díaz empezaron a convivir como pareja, situación que le consta dado a que visitaba el hogar y los veía salir de su habitación. Adujo que ellos se trataban como marido y mujer, de manera afectiva, sentimental y respetuosa.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada, sin que el interrogatorio de parte que se le practicó a la actora tenga la suficiencia para infirmar las declaraciones que se recibieron de las testimoniales, pues contrario a lo que infirió el A quo, ésta ratificó lo aseverado por Claudia Marcela Guzmán Tique y María del Socorro Bejarano Wallens, es decir, la convivencia real y efectiva con vocación de permanencia y conformación de vínculos de afecto, solidaridad y socorro mutuo dentro de los últimos 5 años de vida del causante.

Así entonces, queda claro que en efecto la señora Aracely Tique Lozano sí tuvo una convivencia durante los últimos 5 años de vida del causante, pues no se verifica que desde el año 2006, fecha ésta que identifica las testigos, como el inicio de su relación sentimental y convivencia, estos hayan sufrido una separación, pues al contrario, las declaraciones que se recaudaron así como las demás pruebas obrantes en el proceso, dan cuenta de su permanencia como pareja, tan es así que la señora Aracely Tique Lozano estuvo al tanto de la enfermedad que padeció el señor Rafael Calderón Díaz durante sus últimos días de

vida, si se atiende lo señalado por la hija de la demandante, hechos que evidencian ese sentimiento de procurarse un cuidado y atención solidaria, elementos estos entre otros, que configuran una verdadera relación de pareja, sea entre compañeros permanentes o cónyuges.

De conformidad con lo anterior, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que Aracely Tique Lozano convivió en calidad de compañera permanente con el de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso, conclusión que no puede ser derribada por la marcada diferencia de edad de la reclamante con el de cujus, pues ha de pregonar la Sala lo discurrido en la sentencia SL15413-2017 en la que el Alto Tribunal tiene dicho que la diferencia generacional notoria entre compañeros permanentes, no es talanquera para acreditar la convivencia en pensiones de sobrevivientes, anotando de manera concluyente que:

*"Así las cosas, es perfectamente posible la construcción de parejas donde los roles masculinos y femeninos no son los tradicionales, **así como las edades de quienes las componen**, sin que por ese hecho se rompa la comunidad de cuidado, comprensión, construcción de vida familiar entre los miembros que las componen".* (Negrilla fuera del texto).

7. Conclusión. Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 12 de diciembre de 2019, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Rafael Calderón Díaz para el momento de su fallecimiento, esto es, \$1.116.610.

8. Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 12 de diciembre de 2019, la reclamación administrativa se presentó el 27 de diciembre de 2019, que fue resuelta a través de Resolución SUB39514 del 12 de febrero de 2020, notificada el 17 del mismo mes y año, debía de allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 10 de marzo de 2020, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo.

9. Retroactivo pensional. Realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$45.249.325,15**, correspondiente a las mesadas causadas entre 12 de diciembre de 2019 y el 31 de agosto de 2022, y a partir del 1º de septiembre de 2022 **Colpensiones** deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a \$1.243.888.58, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Rafael Calderón Díaz, fue causada con anterioridad a la vigencia del mismo.

Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Mesada Pensional	Incremento	Nº. Mesadas	Subtotal
12/12/19	31/12/19	\$ 1.116.610,00	-	36 (días)	\$ 1.339.932,00
01/01/20	31/12/20	\$ 1.159.041,18	3,80	14,00	\$ 16.226.576,52
01/01/21	31/12/21	\$ 1.177.701,74	1,61	14,00	\$ 16.487.824,40
01/01/22	31/12/22	\$ 1.243.888,58	5,62	9,00	\$ 11.194.997,23
Total Retroactivo					\$ 45.249.325,15

10. Descuentos. Se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

11. Intereses moratorios. Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: "*se causan a partir del plazo máximo de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001*", y que "*de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también "*cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales*" (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de Colpensiones al establecer la inexistencia de la convivencia de la pareja, cuando esta se desprende del mismo haz probatorio que con anterioridad se citó. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 27 de diciembre de 2019, por lo que la entidad tenía hasta el 27 de febrero del 2020 para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir de esta última fecha y a favor de la promotora del litigio.

12. Indexación de las mesadas adeudadas. No procede esta pretensión ante la procedencia de los intereses moratorios, pues, conforme lo ha explicado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 856-2021 los intereses moratorios y la indexación son incompatibles, ya que en esta última se entiende incluida en los intereses.

13. Costas. En ambas instancias a cargo de Colpensiones, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 la sentencia proferida el 31 de mayo del 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que **ARACELY TIQUE LOZANO**, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del **12 de diciembre de 2019**, sobre el 100% de la prestación económica que percibía **RAFAEL CALDERÓN DÍAZ** para el momento de su fallecimiento, esto es, **\$1.116.610** y en catorce mesadas al año, de conformidad a lo aquí expuesto.

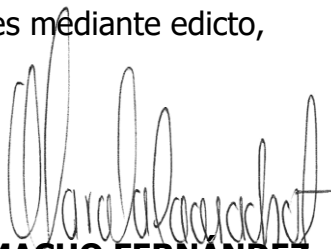
SEGUNDO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a pagar a la señora **ARACELY TIQUE LOZANO**, la suma de **\$45.249.325,15**, como retroactivo pensional causado desde el **12 de diciembre de 2019** hasta el 31 de agosto de 2022. A partir del 1º de septiembre de 2022, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de **\$1.243.888,58**, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de **ARACELY TIQUE LOZANO**, los intereses moratorios a partir del 27 de febrero del 2020 y hasta el pago efectivo del retroactivo causado.

CUARTO: AUTORIZAR a la demandada a realizar los descuentos al sistema general de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **COLPENSIONES**. Las de primera instancia tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **ARACELY TIQUE LOZANO** y a cargo de la demandada en la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *LUIS GUILLERMO NAVIA PERDOMO*
DEMANDADO: *ECOPETROL S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-006-2018-00637-05*
ASUNTO: *APELACIÓN*
TEMA: *DESPIDO - JUSTA CAUSA.*

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor LUIS GUILLERMO NAVIA PERDOMO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare la existencia de una relación laboral con la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL S.A., la cual término de manera ilegal y sin justa causa, y en consecuencia, se ordene el reintegro al mismo cargo u otro de igual o mejores condiciones al momento de haber sido despedido, junto con el pago de los salarios y demás acreencias laborales legales y extralegales dejados de percibir desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho; de manera subsidiaria peticionó que se condene a ECOPETROL S.A. a reconocer y pagar la indemnización por despido sin justa causa conforme lo prevé la ley y las convenciones colectivas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con ECOPETROL S.A. desde el 29 de enero de 2010, pactando como remuneración la suma de \$20.453.064, bajo la modalidad de salario integral; que desempeñó los cargos de Jefe de Unidad de Auditoria de Procesos Financieros en el año 2010, Jefe de Unidad Auditoria de Procesos Corporativos en el año 2011, y en el año 2012 como Jefe Unidad Auditoria de Procesos de Exploración y Producción; que el 01 de septiembre de 2015 la Vicepresidente Corporativa de Cumplimiento, María Juliana Albán Durán, le formuló cargos y llamó a descargos al demandante para esclarecer los hechos del 28 de agosto de 2015, en los que estaba involucrado junto con su compañero Hernando Matiz; que la relación de confianza, “cercanía y camaradería” que tenía con el señor Hernando Matiz, era tal que de manera permanente se hacían bromas entre sí, incluyendo la de esconderse documentos por algunos momentos, eventos realizados tanto por el señor Matiz al demandante y viceversa; que el 01 de septiembre de 2015 en horas de la mañana el señor Hernando Matiz le comentó al demandante la situación de haberle sido sustraído un documento, momento en el que el demandante le manifestó que él lo tenía y procedió a entregárselo personalmente al señor Matiz quien le manifestó que iba a informarle inmediatamente a la señora María Juliana Albán Durán; que el 01 de septiembre de 2015 en los descargos manifestó de manera desprevenida lo ocurrido el 28 de agosto de 2015, así como lo ocurrido en horas de la mañana con el señor

Matiz y la manifestación de aclarar lo ocurrido; que la Vicepresidente Corporativa de Cumplimiento, María Juliana Albán Durán, adelantando un procedimiento a todas luces irregular, sin recibir nuevamente la declaración del señor Matiz para verificar lo expresado por el demandante y estableciendo como un hecho cierto que se trataba de un "documento corporativo de carácter confidencial", procede a comunicarle de manera escrita que su contrato de trabajo finalizaba a partir del 02 de septiembre de 2015, con justa causa; que la Vicepresidente Corporativa de Cumplimiento, María Juliana Albán Durán, remitió una queja ante la Oficina de Control Interno Disciplinario, oficina que el 29 de octubre de 2015 abrió investigación preliminar por los hechos ocurridos el 28 de agosto de 2015; que el 03 de mayo de 2016 se profirió fallo de primera instancia por parte de la Unidad de Control Disciplinario de Ecopetrol, en la que se resolvió declarar probado el cargo único formulado al actor y en consecuencia lo declaró disciplinariamente responsable, imponiéndole sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el término de un mes, la cual fue convertida en salarios; que el 15 de junio de 2016 la presidencia de Ecopetrol S.A. resolvió el recurso de apelación, confirmando la decisión de primer grado; que la investigación disciplinaria correspondió a los mismos hechos por los cuales la Vicepresidente Corporativa de Cumplimiento, María Juliana Albán Durán decidió dar por terminado el contrato de trabajo, es decir, fue sancionado dos veces por el mismo hecho; que en la carta de terminación del contrato se alude a que se trataba de unos documentos confidenciales de la empresa, pero ello no era así, además que se desconoció que los hechos ocurrieron en virtud de la confianza y cercanía que existía entre el señor Navia Perdomo y Hernando Matiz; que el despido es ilegal y contrario a la normatividad, dado que no se respetó el debido proceso y las competencias propias de la Oficina de Control Interno Disciplinario; que la situación presentada no ameritaba más que un llamado de atención, ya que no se afectó ni a la empresa ni al señor Hernando Matiz, además que el documento que se aducía no tenía el carácter de corporativo y confidencial; que al momento de finalizar el contrato devengaba la suma de \$36.000.375 (Fols. 3 a 5).

2. Contestaciones: ECOPETROL S.A. se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que el contrato del demandante terminó por justa causa comprobada al retirar un documento de la chaqueta de su compañero sin consentimiento alguno, sin previa autorización y sin indicarle a su compañero del retiro del mismo; que aunque el actor intenta excusarse en el grado de confianza que existía con su compañero, no es justificación para que sin consideración alguna retire documentos confidenciales sin mediar autorización, en consecuencia, no existen razón jurídicas para el reintegro pretendido, y tampoco le asiste derecho a la indemnización por despido sin justa causa. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, y buena fe (Fols. 87 a 96).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado de origen absolvió a ECOPETROL S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, gravándolo en costas.

Para arribar a tal decisiva, empezó por señalar que sobre la existencia de la relación laboral es un hecho no discutido por las partes, y se encuentra acreditado con el contrato de trabajo, cuya fecha de inicio es el 29 de enero de 2010, en el cargo de Jefe Unidad Auditoría Procesos E&P y el extremo final, con la carta de terminación

del contrato, que establece el finiquito el 01 de septiembre de 2015; que la única controversia es sobre el despido del actor, ya que mientras el demandante aduce que lo fue sin justa causa, la demandada establece que lo fue con justa causa comprobada.

En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, empezó por señalar el contenido de la carta de terminación de la que expresó que al actor se la había endilgado la violación de sus obligaciones especiales, ya que ingresó el 28 de agosto de 2015 a la oficina del señor Hernando Matiz y tomó de la chaqueta de aquel sin autorización un documento corporativo que contenía información confidencial, y que tal actuación quedó registrada en un video, tal como quedó explícito en la diligencia de descargos.

Concluyó que una vez valorado el material probatorio, en particular los descargos, que las explicaciones del demandante, no lo exime de responsabilidad laboral, ya que el grado de confianza entre compañeros de trabajo no le permitía al demandante ingresar a la oficina del señor Hernando Matiz en ausencia de éste y extraer el documento confidencial de la chaqueta sin mediar su autorización, precisando que el documento es de naturaleza confidencial, y solo se devolvió al señor Hernando Matiz al enterarse de la investigación que adelantaba el área de seguridad por aviso que dio en su momento el señor Hernando Matiz, por lo que, el accionante incurrió en actos de falta de probidad y honradez, calificada como falta grave por Ecopetrol en el artículo 78 numeral 5), que da lugar a la finalización del contrato de trabajo.

Que el testigo Hernando Matiz refirió a la naturaleza confidencial del documento e indicó que el mismo contenía una información sensible por las denuncias graves relacionadas con el proyecto Bio-Energy, cuya auditoría se encontraba realizando para ese momento para Ecopetrol, bajo su responsabilidad.

Que el despido sí se basó en una justa causa calificada como grave, y plenamente demostrada en el presente proceso, lo que lleva a la absolución de las pretensiones.

(Audiencia virtual, Cd folio 294)

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte del demandante quien manifiesta no estar de acuerdo con el argumento de la a quo relacionado con la confidencialidad del documento, pues considera que es un documento público al que tenían acceso o deberían tener acceso las personas a las cuales les fue puesto en conocimiento, como lo fue al demandante; que el juez olvidó que el documento ya había sido conocido por el demandante y por el señor Edgar Rey, superior del señor Hernando Matiz, quien les había dado unas instrucciones en relación con el mismo como complemento de la auditoría que se estaba llevando a cabo en el en la empresa Bio Energy; que el documento al ser público era de Ecopetrol y por lo tanto podría ser consultado directamente por las personas a las que de manera específica se les impartió la instrucción de verificar la información correspondiente, como en este caso el demandante; que quien estaba infringiendo las normas para efectos de la custodia de un documento y de ponerla a disposición de la empresa, era el señor Hernando Matiz, tal como se puede desprender del dicho del testigo Edgar Rey, pues se le estaba requiriendo de manera permanente el documento y el señor Hernando Matiz se había apropiado de ese documento para evitar seguramente que se le diera el trámite correspondiente; que el testigo Edgar Rey manifestó que el tema del contenido del documento se le había puesto en conocimiento al señor presidente de la compañía, quién había determinado que se

organizara una auditoría forense; que la auditoría forense era sobre todas las irregularidades, no solo sobre lo que contenía el documento; que el documento debería haber estado a disposición de ellos en las instalaciones de la compañía y no como lo dijo el señor Hernando Matiz, quien cargaba el documento en la chaqueta solamente a la espera de que la doctora María Juliana Albán le diera una cita para ir a darle a conocer las cosas; que era el señor Hernando Matiz quien estaba obstaculizando lo correspondiente a la averiguación que tenía que haberse hecho por parte de la auditoría en relación con lo afirmado en ese documento; que no es cierta la afirmación de que el señor Édgar Rey fue desvinculado de Ecopetrol por haber insultado al señor Hernando Matiz, ya que aquel salió de mutuo acuerdo con la compañía; que la doctora María Juliana Albán al momento de tomar la decisión, se apresuró y simplemente creyó lo que le estaba diciendo el señor Hernando Matiz; que antes de despedirlo no se tomó en consideración la posibilidad de escuchar al señor Edgar Rey en relación con el tema; que los documentos son de la empresa, no son del funcionario y que se le está dando un tratamiento como de un documento privado que le fue sustraído cuando ese era un documento de consulta y sobre el cual se habían impartido unas instrucciones; que el señor Édgar Rey, manifestó que se le había estado requiriendo de manera permanente al señor Hernando Matiz para que entregara el documento y éste no lo quería entregar; que el demandante ya había sido exonerado de la confidencialidad que debería tener el documento, porque se le había dado acceso al mismo documento tanto por el Édgar Rey, como posteriormente también o en la misma reunión por el señor Hernando Matiz; que si bien incurrió en un error al haber retirado ese documento, lo hizo motivado en que tenía que adelantar la investigación correspondiente que le había sido impartida, es decir, tenía un interés superior, que era precisamente defender los intereses de la empresa; que la intención no fue la de causarle daño al señor Hernando Matiz, no fue tampoco la de sustraer y destruir el documento, sino por el contrario, fue la de cumplir con las obligaciones que le habían sido impartidas a través de instrucción especial por parte del superior jerárquico; que con la declaración de Édgar Rey, se establece que cerca de dos meses se requirió al señor Hernando Matiz, para que entregara el documento para poder avanzar en las investigaciones correspondientes a lo manifestado en ese documento; que la razón por la que el demandante llega directamente al saco, es porque simple y llanamente el señor Hernando Matiz le había comentado que tenía ese documento y por eso el actor acudió directamente a buscarlo allí para efectos de tomar la información que se requería para dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por su superior; que debe tenerse en cuenta que estaban por encima los intereses de la compañía, sobre los intereses particulares del señor Hernando Matiz.

6. Alegatos de conclusión. La parte demandante presentó alegatos de conclusión reafirmando los argumentos de la apelación y solicitando que sea revocada la decisión de instancia y se conceda las pretensiones, dado que de la valoración de las pruebas en debida forma se llega a la conclusión de que el despido lo fue sin justa causa.

7 CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos:**

i) ¿El despido por parte de la demandada atendió a una justa causa o, por el contrario, lo fue sin que mediara justa causa? En este último evento **ii)** ¿Hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa?

Relación laboral, su modalidad, y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, ni la labor de Jefe Unidad Auditora Procesos E&P desempeñada al finalizar su contrato por el accionante; hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y no fueron recurridos por las partes, y que además se corroboran con la documental de folios 106 a 107, 102 a 103, y 98 y 99, en la que se encuentra el contrato de trabajo, certificación laboral y la carta de terminación del contrato, teniendo como fecha inicial de la relación laboral el 29 de enero de 2010 y como extremo final el 01 de septiembre de 2015.

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito colegir es que de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2027 de 1951, y posteriormente el artículo 7º de la Ley 1118 de 2006, las relaciones laborales de ECOPETROL S.A. se rigen por el “derecho común” contenido en el CST (SL4392-2019).

Justa Causa para la terminación del contrato de trabajo

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 01 de septiembre de 2015 le fue notificado al trabajador que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa (Fol. 98 a 99).

En aquella comunicación se le hizo saber del despido al demandante en los siguientes términos:

"Luego de analizados integralmente sus descargos y los documentos que dan cuenta de los hechos, se concluye que las manifestaciones dadas por usted de ninguna manera justifican ni desvirtúan su proceder, toda vez que admite haber ingresado a la oficina de su compañero y haber tomado sin autorización el documento, el cual reconoce contenía información confidencial; en razón a lo anterior, los argumentos de su defensa no resultan de recibo y no son suficientes para justificar el incumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y demás disposiciones que le resultan aplicables como trabajador de Ecopetrol S.A. en el marco de su relación de trabajo con la misma, así como de los valores de integridad y respeto y los principios que como el de cumplimiento se encuentran previstos en el Código de Ética y que regulan el actuar de todos los trabajadores de Ecopetrol S.A.

Así las cosas, con su conducta usted trasgredió las prescripciones de orden previstas en los literales a), c) y d) del artículo 67 del Reglamento Interno de Trabajo; violó las obligaciones especiales del trabajador contenidas en los numerales 1), 4), 17 y 31) del artículo 69 del mismo cuerpo normativo vigente en ECOPETROL S.A. y en el numeral 4º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo; e incurrió en violación de las prohibiciones previstas en los numerales 21), 32) y 39) del artículo 71 del Reglamento Interno de Trabajo, lo que a su vez se califica como falta grave en los numerales 5º, 6º y 9º del artículo 78 del Reglamento Interno de Trabajo.

Del mismo modo, incurrió en la conducta descrita en los numerales 5º y 6º, literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965.

Por lo anterior, la Empresa dar por terminado su contrato individual de trabajo unilateralmente y por justa causa, a partir del día dos (02) de septiembre de 2015, de conformidad con los artículos 77, 78 y 80 del Reglamento Interno de Trabajo, y el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, literal a), numerales 5º y 6º.

Conforme lo expuesto, en la comunicación de terminación unilateral y por justa causa, la entidad empleadora Ecopetrol S.A. sí previno o apercibió al actor no solo de las disposiciones legales trasgredidas, sino también de la falta o conducta que da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en síntesis en haber ingresado a la oficina del señor Hernando Matiz y haberle sustraído de su chaqueta sin autorización un documento corporativo y de carácter confidencial.

La parte pasiva en la carta de terminación del contrato hace referencia al reglamento interno de trabajo, de donde dedujo la a quo que la falta cometida por el actor estaba calificada como grave, lo que conduce a la Sala a estudiar si la conducta reprochada al actor se encuentra calificada como grave en el reglamento interno, o por el contrario, al no estar catalogada como grave le corresponde al juez determinar si la misma es de tal entidad que da lugar a finalizar el contrato con justa causa.

Sobre el tema, ha establecido la jurisprudencia que: *"en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T."* (SL1077 de 2018).

No obstante, en sentencia de radicado No 35998 del 25 de junio de 2009, reiterada en sentencia de radicado No 38420 del 2 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia, estableció que: *"El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave que faculte al empleador para terminar el vínculo contractual por justa causa, no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"*

Así las cosas, en el sub lite, una vez contrastadas las disposiciones vulneradas con el Reglamento Interno de Trabajo (*numerales 5º, 6º y 9º del artículo 78*), encuentra la Sala que el artículo 78 del Reglamento Interno de Trabajo establece *que "se consideran como faltas graves imputables al trabajador"*, y enuncia un elenco de 14 conductas constitutivas de faltas graves, y en particular al actor se le endilgaron la cinco (5), seis (6) y nueve (9).

De lo expuesto, de manera preliminar debe decirse que es acertada la postura de la *a quo* en lo referido a que estaba constituida la falta como grave, dado que, como quedó dicho, las partes convinieron en el reglamento interno la gravedad de algunas faltas que dan lugar a la terminación del contrato, razón por la cual, la gravedad de la falta en el asunto objeto de controversia no corresponde definirla al juez, dado que ya está definida por las partes, contrayéndose la función del juez en verificar *"si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"* (CSJ, SL, radicado No 35998 del 25 de junio de 2009)

En ese contexto, la Sala encuentra que la razón está del lado de la *a quo*, ya que el actor en la diligencia de descargos realizada el 01 de septiembre de 2015 aceptó haber cometido la conducta reprochada por el empleador, en los siguientes términos:

Inicialmente se relata en tal diligencia que se le presentó el video de las cámaras de seguridad, en la que al respecto manifestó: *"durante las últimas tres semanas hemos venido trabajando con Hernando y Edgar Rey en una auditoria a un proyecto de Ecopetrol, donde el señor Matiz como yo tenemos información confidencial para revisar y corroborar; el señor Matiz tenía esta comunicación en su casa y había quedado de traerla para revisarla. El viernes me comentó que la había traído y la tenía en su chaqueta, pero estábamos en evaluaciones de desempeño. Ese día salimos al almuerzo y al regreso él estaba en la sala del hall de entrada en evaluaciones de desempeño y pase derecho a su oficina y saque el documento de su chaqueta, lo guarde, fui a mi oficina, lo revisé, lo validé y lo guarde bajo llave. Ayer*

seguimos en evaluaciones de desempeño y sólo hasta esta mañana, tipo 8:30 de la mañana, Hernando me hizo el comentario que el documento se le había perdido y yo le dije que yo lo había sacado y que lo tenía en mi oficina. Le dije que lo tenía guardado y se lo devolví esta mañana. Él me enteró que había informado a seguridad sobre la pérdida del mismo y que iban a revisar los videos de seguridad. Acepto el error de no haberle dicho que yo ya tenía el documento y él tampoco me preguntó”.

Frente a la autorización del señor Hernando Matiz para sacarle el documento de la chaqueta, respondió: *”No. Solo me informó que tenía el documento, pero autorización expresa no hubo. Y tengo conocimiento que hay cámaras y no le vi nada de malo”.* Más adelante, se le pregunta sobre el informe de la oficina de seguridad en la que se reporta lo sucedido debido a la queja presentada por Hernando Matiz sobre la pérdida del documento, ante lo cual respondió *”Acepto todo lo que está en el video porque así fue, sin ninguna mala intención, porque necesitaba corroborar la información, la cual ya nos había enseñado a Edgar y a mí y lo necesitaba para corroborar otra información que tengo en mi poder de nombres de personas y de empresas”;* igualmente, se le preguntó si en ocasiones anteriores había procedido así, a lo cual respondió que *”No. Normalmente los documentos confidenciales están bajo llave en una gaveta y hemos en algunas oportunidades informado a los jefes de unidad o al director sobre la ubicación del documento para que lo saquen”.*

Ahora, al rendir testimonio el señor Hernando Matiz, manifestó que fueron compañeros de trabajo con el demandante como jefes de unidad; que recibió de un exfuncionario de Isolux Corsán un documento, cuya finalidad era hacerle la investigación correspondiente a irregularidades presentada en un contrato, documento que lo llevó a la compañía y lo mostró a su jefe Édgar Rey y también se lo mostró a Luis Guillermo Navia, “era un documento que obviamente era un documento confidencial, eso no podía ser manejado a nivel de cualquier empleado de área”; que en vista de que *”mi jefe no evolucionaba con esa situación”,* pidió una cita con la doctora María Juliana Albán para entregarle el documento y procedería ella a iniciar la investigación respectiva”, cita que se concretó el 28 de agosto de 2015 a eso de las 4:30 de la tarde, y *”cuando me puse la chaqueta y fui a verificar que el documento lo tuviera ahí, el documento ya no estaba, ese documento se me había perdido, cosa muy extraña, porque yo estaba seguro debido a que lo había visto al medio día a la hora del almuerzo, lo había dejado mi chaqueta, en ese momento el nivel de estrés que me acumulé y la preocupación mía fue, ¿Yo, ahora con qué voy a salirle a la Dra. Albán? Sino tengo el documento que le quería mostrar, subí y le expliqué, le dije, Dra. María Juliana, qué pena, desafortunadamente, el documento que tenía yo en mi chaqueta no la encuentro, se me perdió, no tengo ni idea. ¿Qué pasó? Y me dice, ella me dice, comuníquese con el área de seguridad para que investigue el caso con las cámaras”.*

Manifestó que informó al área de seguridad, pasó el fin de semana y el día lunes 01 de septiembre de 2015, le dijo al actor que se le había perdido el documento y allí el demandante le manifestó que él lo tenía y se lo había sacado de la chaqueta, y procedió a entregárselo; frente a la pregunta de si es usual que el demandante obtenga documentos en la forma como se presentó en esa oportunidad, respondió: *”No, para nada, no, eso es completamente prohibido, es decir, si había confianza y había camarería con Guillermo, pero, nunca, hasta llegar al punto de que me sacaran las cosas de mi chaqueta, porque a ese paso, entonces, me sacaría la billetera y me sacaría quién sabe qué más cosas, en ese sentido, si manteníamos, pues, obviamente*

el respeto normal que se debía tener a ese nivel de amistad y profesionalismo. Eso nunca nos entregamos, nunca llegó la confianza hasta ese extremo de poder sacar de la vestimenta o de la chaqueta o del vestuario de uno documentos o billeteras o plata en un momento dado, eso sí, en ese sentido nunca, llegó una relación hasta ese extremo”.

De lo expuesto, para la Sala fluye de manera cristalina que el actor incumplió con sus obligaciones laborales que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, dado que incurrió en las conductas calificadas como graves por las partes en el Reglamento Interno de Trabajo, como lo son las establecidas en los numerales 5º, y 6º del artículo 78, que establecen “Cuando el trabajador cometa algún acto inmoral o que demuestre falta de probidad u honradez”, “Cuando incurra en violación de cualquiera de las obligaciones o prohibiciones contenidas en los artículos 69 y 71 de este reglamento”, respectivamente, y en lo que concierne al actor se le tipificaron la las obligaciones y prohibiciones de los numerales uno (1), cuatro (4), diecisiete (17) y treinta y uno (31), que señalan “Realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos del Reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparta la Empresa a través de sus representantes según el orden jerárquico establecido”, “Guardar rigurosamente la moral y respeto en las relaciones con sus superiores y compañeros”, Tratar a los superiores, subalternos, compañeros de trabajo, clientes de la empresa y público en general con el mayor respeto y cortesía”, y “cumplir fielmente todas las disposiciones de este reglamento, del reglamento de higiene y seguridad e instructivos internos; así como las ordenes e instrucciones generales impartidas por la empresa”.

En efecto, el actor acepta que entró a la oficina de Hernando Matiz y sustrajo el documento de la chaqueta de aquel, justificando su actuar en el nivel de confianza que se tenían como compañeros de trabajo y en que *“fue sin ninguna mala intención, porque necesitaba corroborar la información”*; sin embargo, tales asertos no son de recibo ni justificativos de su actuar, ya que nótese que es del propio demandante que se extrae que el documento contenía información sensible, pues no de otra manera se puede entender lo manifestado en los descargos acerca de que los documentos confidenciales se guardan bajo llave, lo que hizo con el documento que le sustrajo al señor Hernando Matiz, además, el actor manifestó que *“el señor Matiz como yo tenemos información confidencial para revisar y corroborar”*, característica que precisamente tenía tal documento, pues de no haber tenido información confidencial simplemente no hubiera sido sustraído de su chaqueta, incluso, sí el actor pretendía corroborar la información que contenía tal documento con la suya, llama poderosamente la atención que por el grado de confianza y “camaradería” a la que alude en su defensa, no haya procedido a pedirle al señor Matiz tal documento directamente o solicitarle autorización para sustraerlo de su chaqueta, pero nada de eso se hizo, lo que desencadenó en el reporte que hizo el señor Matiz ante la dependencia de seguridad y su infructuosa reunión con la Vicepresidenta Corporativa de Cumplimiento, María Juliana Albán Durán.

Ahora, alude el actor en su defensa que tal documento no era confidencial; empero, considera la Sala que al margen de la discusión del contenido de tal documento y de su confidencialidad o no, lo que se reprocha al actor es su conducta antilaboral, esto es, el haber ingresado a la oficina de Hernando Matiz y haber sustraído sin autorización un documento que contenía información de algunas irregularidades presentadas en un proyecto o contrato, conducta que desde todo punto de vista es

ajena al buen comportamiento y actuar del trabajador en el ejercicio de sus funciones y ante sus compañeros de trabajo, lo que de contera también descarta la defensa atinente a que la sustracción de tal documento se hizo por razón a que Hernando Matiz no lo quería entregar, pues si ello hubiera así, tampoco se justifica el actuar del actor, ya que como directivos y compañeros de trabajo debían recurrir a los mecanismos formales, como una solicitud escrita o un correo electrónico, pero no de la manera como lo hizo el actor, ya que ello conlleva a minar la confianza depositada tanto del empleador como del propio compañero de trabajo, situación que se itera no tiene justificación.

Igualmente, sustenta su defensa en que no se tuvo en cuenta lo dicho por el señor Édgar Rey, el cual le restó importancia al contenido del documento, haciendo referencia en que era uno de tantos documentos que hacían parte de la auditoria, y que además se necesitaba corroborar la información y fue el señor Hernando Matiz quien no permitía o entregaba tal documento; empero, sus manifestaciones están carentes de soporte probatorio que corrobore sus dichos, más aun si se tiene en cuenta que sus dichos están parcializados por el inconveniente que tuvo con el señor Hernando Matiz, no solo por el plurimencionado documento, sino también por la auditoría realizada y una reunión que programó el señor Hernando Matiz sin su autorización, y en todo caso, se reitera, no es justificativo la conducta asumida por el actor de sustraer tal documento de la chaqueta de su compañero de trabajo, cualquiera haya sido la razón para tener acceso al contenido del documento.

La encartada le enrostró como falta grave, entre otras la del numeral 5° del artículo 78, que establece que *"Cuando el trabajador cometa algún acto inmoral o que demuestre falta de probidad u honradez"*, misma que conlleva a la Sala a la traer a colación lo dicho por el extinto Tribunal Supremo del Trabajo (Gaceta del Trabajo: Tomo V, No 14-52, pág. 322-330) en sentencia del 16 de mayo de 1950, quien al referirse al concepto de honradez como justa causa para terminar el contrato de trabajo, asentó:

El concepto de honradez a que aluden las indicadas disposiciones no puede restringirse al buen manejo material de los bienes puestos al cuidado del empleado. La honradez abarca un dilatado ámbito, una zona moral muy extensa, dentro de la cual caben las más diversas acciones humanas. Obrar con honradez es ejercitar la probidad, y ésta no es otra cosa que la rectitud de ánimo, la hombría de bien y la integridad en el obrar, según los términos que a esta calidad le asigna el Diccionario de la Academia. Por consiguiente, ese concepto de honradez dice relación a la buena conducta del trabajador, en todos sus aspectos esenciales, y es por esto por lo que al través de los hechos que se enumeran en el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, como causas para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, sin previo aviso, se releva el criterio de la conducta, mucho más cuando el numeral 89 hace referencia expresa a la violación de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 28 y 29 del mismo Decreto 2127, entre las cuales se tiene como deber esencial del trabajador el de "observar buenas costumbres durante el servicio y guardar a sus superiores y compañeros el debido respeto"

Bajo los anteriores presupuestos, considera la Sala que se configura la justa causa calificada como grave por las partes, en especial la referida al numeral 5° del artículo

78, que establece que *"Cuando el trabajador cometa algún acto inmoral o que demuestre falta de probidad u honradez"*, ya que en efecto el actor ingresó a la oficina del señor Hernando Matiz y tomó un documento de su chaqueta sin ser autorizado, documento que contenía información relevante o importante para la entidad empleadora, sin que pueda justificarse su actuar, ya que además incumplió una de sus obligaciones, como las contenidas en el artículo 69 del RIT, numerales cuatro (4), y diecisiete (17) que señalan, "Guardar rigurosamente la moral y respeto en las relaciones con sus superiores y compañeros", "Tratar a los superiores, subalternos, compañeros de trabajo, clientes de la empresa y público en general con el mayor respeto y cortesía", las que igualmente constituyen faltas graves, conforme lo establece el artículo 78, numeral 6° del RIT.

En lo que tiene que ver con que se tomó la decisión de terminar el contrato de trabajo, y a la vez se lo sancionó disciplinariamente, baste con traer a colación lo dispuesto en el artículo 77 y 80 del RIT, que establecen que *"las causales de terminación previstas en este artículo serán aplicables sin perjuicio de las acciones disciplinarias a que haya lugar"* y *"los funcionarios de ECOPETROL S.A. facultados para ello, harán uso de las atribuciones que les otorga la ley para dar por terminado unilateralmente y por justa causa los contratos individuales de trabajo, (...) sin perjuicio del adelantamiento de los procesos disciplinarios y demás acciones a que haya lugar"*.

Finalmente, el hecho de que no se demuestra por la empresa que el contenido del documento haya sido objeto de la auditoría forense o que no se tengan resultados o trámite de tal investigación, en nada cambia lo justeza de la terminación del contrato, pues lo que se reprocha es la conducta antilaboral del actor calificada como grave, independientemente de si su actuar generó un perjuicio para la entidad o si se le dio trámite o no al documento que aquel sustrajo de su compañero de trabajo sin autorización.

Así las cosas, sobran las razones para dar por acreditada la justa causa para terminar el contrato, misma que las partes le asignaron el calificativo de "grave", con lo cual, ante la comprobación de la conducta no queda otro camino que confirmar el fallo de primer grado en su integridad.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor del demandado ECOPETROL S.A., por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado, fijándose como agencias en derecho, la suma de \$ 500.000, equivalente a 1/2 SMLMV. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

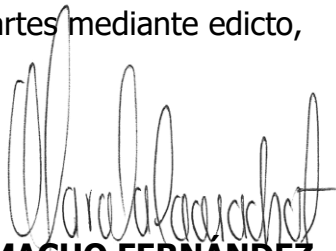
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de junio de 2022 por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de LUIS GUILLERMO NAVIA PERDOMO, y a favor de la parte demandada ECOPETROL S.A. Las costas de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

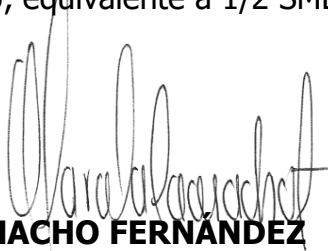


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante LUIS GUILLERMO NAVIA PERDOMO, y a favor de la parte demandada ECOPETROL S.A., fijándose como agencias en derecho, la suma de \$ 500.000, equivalente a 1/2 SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO GARZÓN PEÑUELA
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-036-2020-00068-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CARLOS ALBERTO GARZÓN PEÑUELA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante del RPMPD al RAIS; que en consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida en cabeza de COLPENSIONES; que se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes, junto con los rendimientos, y gastos de administración que hubieren sido descontados, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició a cotizar al ISS desde el 15 de abril de 1985; que en el mes de abril de 1997 se trasladó a PORVENIR S.A., entidad que no le brindó la asesoría integral al momento del traslado; que el 23 de octubre de 2019 elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando el traslado de fondo, pero mediante respuesta del 24 de octubre de 2019 le indica que no es procedente; que el 27 de enero de 2020 radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A., solicitando documental respecto al traslado, así como la declaratoria de ineficacia, pero a la fecha de presentación de la demanda no se ha obtenido respuesta. (fols. 2 a 10 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 05); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones e indicando que el traslado se encuentra ajustado a derecho, además que se realizó de forma libre y voluntaria y en cumplimiento del deber legal exigido para la fecha; que le corresponde al demandante probar el vicio en el consentimiento; que la declaratoria de ineficacia afectaría el equilibrio financiero del sistema, ya que las mesadas pensionales no solo se financian con los aportes; que la demandante se encuentra fuera del tiempo permitido por la ley 100 de 1993 en su artículo 13. Formuló como excepciones de mérito las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia del traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la

seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia de principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), 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 (pág. 1 a 20 archivo No 17 contestación).

3.2 PORVENIR S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional; que la AFP brindó al demandante toda la información pertinente acerca del funcionamiento del RAIS, incluyendo las características y modalidades pensionales; que solo con la expedición del Decreto 2255 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y ley 1748 de 2015, se adquirió en cabeza de los fondo de pensiones la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; que la demandante podía validar la información en cualquier momento; que no existe soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo; que se trata de imponer una carga a la AFP que no estaba vigente al momento del traslado; que en caso de acceder a la ineficacia y ordenar el traslado de los gastos de administración, dejaría al actor en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. Rotuló como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (p. 1 a 24 archivo No 03 contestación).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS; ordenó a PORVENIR S.A. a normalizar la afiliación del actor en el SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsiones y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a que reciba los dineros e imputarlos en la historia laboral del demandante; declaró no probadas la excepción de prescripción. Finalmente, condenó a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones a las costas procesales.

La decisión del Juez tuvo sustento en lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, artículo 4 de la ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 15 y Circular 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, así como las sentencias SL31989 de 2008, SL1421 de 2019, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL782 de 2021, y SL1055 de 2022, señalando que se requiere información objetiva y comparada que garanticen la transparencia en la información brindada a la afiliada; que se invierte la carga probatoria, por lo que la AFP debe probar que brindó la asesoría de manera correcta; que las AFP deben brindar una información clara, eficaz y oportuna; que la AFP debía hacer una ilustración de condiciones de acceso, características, ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias de cada uno de los regímenes; que la firma en los formularios no son suficientes y a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que el demandante no recibió una información clara, cierta y oportuna; que no se obtuvo ninguna confesión frente al cumplimiento del deber de información; que la AFP debe devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y comisiones, junto con los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y seguros previsionales,

debidamente indexados. Finalmente, que la ineficacia no está sometida al término trienal de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia proferida por la a quo señalando para tal efecto que la firma del formulario es completamente valida, libre y sin presiones, y se acompasa con el deber de información exigido en el año 1997; que cada caso se debe estudiar de manera particular, teniendo en cuenta que el demandante no tenía expectativa legítima de pensionarse en el RPMPD; que la nulidad se saneó con el tiempo al estar varios años en el RAIS; que el actor sí tuvo tiempo para preocuparse de su futuro pensional; que no se acercó a COLPENSIONES a indagar sobre su situación pensional, y por eso su voluntad era estar en el RAIS; que la obligación de cumplir el estatuto financiero también es exigible al demandante; que se afecta el principio de sostenibilidad financiera al reconocer la eventual pensión, por lo que es dable aplicar la prohibición del traslado; que se revoque la condena en costas, ya que no tuvo nada que ver con la ineficacia del traslado, además que Colpensiones no ha faltado a sus deberes legales.

5.2 AFP PORVENIR S.A.. Solicita se revoque la sentencia de primera instancia manifestando que si bien no se desconoce la jurisprudencia de la CSJ, también es cierto que se debe mirar las condiciones propias del demandante y de cada caso en concreto; que no resulta congruente que el demandante tenga como profesión de abogado, y manifieste no conocer las implicaciones y las consecuencias de estar afiliado al RAIS; que cuenta con conocimientos generales para avizorar las consecuencias y actuar con diligencia para retornar a Colpensiones en la oportunidad legal; que no era obligación vigente para el traslado la documental que pide el despacho, solo era obligatorio el formulario de afiliación, el cual es revisado por la Superintendencia Financiera de Colombia, además no fue tachado de falso y se reconoció por el demandante que fue él quien la firmó; que el demandante era consciente de su afiliación, el cual fue libre y que por negligencia no desplegó las acciones necesarias para retornar a Colpensiones; que no hay lugar a devolver a Colpensiones los emolumentos que recibió con motivo de la afiliación, ya que la misma fue válida, y obro acorde al deber legal; que en caso de declararse la ineficacia, se solicita que no se condene a trasladar los gastos de administración, sumas de la aseguradora y los descuentos del fondo de garantía de pensión mínima, ya que las mismas se utilizaron para generar rendimientos que se reportan en la cuenta de ahorro individual, y en cuanto a los seguros previsionales se utilizaron para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, y son sumas que no se encuentran en el patrimonio de Porvenir, aunado a que el servicio se prestó, y afirmar lo contrario es ir en contra de la sostenibilidad financiera del sistema.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que en el proceso no quedó demostrado que la AFP del RAIS haya cumplido con el deber de brindar la información exigida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

6.2 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que no se presentó la nulidad de traslado, y que se debe tener en cuenta que la afiliación conlleva a generar obligaciones para ambas partes contratantes, entre las cuales se encuentra

la debida diligencia como consumidor financiero; que debe tenerse en cuenta el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, ya que el traslado acarrea una descapitalización del fondo común; que en caso de confirmarse la ineficacia se debe trasladar por la AFP la totalidad de los aportes recibidos, debidamente indexados.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que la rentabilidad de los aportes es un tema ajeno al régimen de prima media, por lo que en estricto sentido no deberían devolverse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor CARLOS ALBERTO GARZÓN PEÑUELA se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 15 de abril de 1985, con cotizaciones hasta

el 30 de abril de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 21 a 24 archivo No 02- Contestación Colpensiones); que se trasladó a PORVENIR S.A. el 28 de abril de 1997 (Fol. 66 archivo 02 Contestación Porvenir), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 68 a 83 archivo 02).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de

manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor ni siquiera dio cuenta de haber recibido asesoría, ya que fue a través de la entidad donde laboraba que se produjo el traslado, solo con la suscripción del formulario de vinculación, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información, sin que sea relevante el hecho de que tenga la profesión de abogado, pues aquel relató que nunca ejerció la profesión y que es escaso o nulo su conocimiento en temas pensionales.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió

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

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Minina por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES, lo que en efecto hizo la a quo, debiéndose impartir confirmación en este tópico. Adicionalmente, se confirmará que los referidos conceptos se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos es en cuanto a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre el concepto de gastos de administración, comisiones y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Minina.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte

Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, De las de primera instancia se confirman, pues la apelación de Colpensiones esta llamada al fracaso, dado que es parte vencida en el proceso, aúnese que ejerció férrea defensa y oposición a las pretensiones del actor.

DECISIÓN

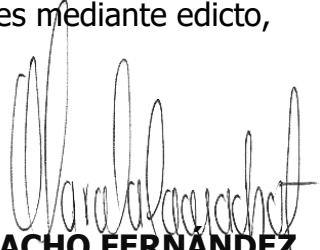
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000. a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *NANCY JEANETH RODRÍGUEZ BAYONA*
DEMANDADO: *COLPENSIONES y PORVENIR S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-039-2020-00275-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. NANCY JEANETH RODRÍGUEZ BAYONA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS; que en consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida en cabeza de COLPENSIONES; que se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 18 de marzo de 1967; que desde octubre de 1995 y hasta julio de 1999 estuvo afiliada al ISS; que en el mes de julio de 1999 se trasladó a PORVENIR S.A., entidad que no informó de la situación pensional de la demandante en el momento del traslado ni a futuro; que no le brindaron la información suficiente, clara y concisa; que la AFP PORVENIR S.A. le informó a la demandante que su pensión a los 57 años sería por un valor de \$877.803 en el RAIS; que en Colpensiones su pensión sería de \$4.992.295; que el 21 de enero de 2020 la demandante presentó petición ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., pidiendo la nulidad del traslado, la cual, por parte de COLPENSIONES fue negada a través de respuesta del 22 de enero de 2020 y por PORVENIR S.A. mediante radicado No 0100222105248900. (fols. 1 a 24 archivo No 02).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 04, anexo 4); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que indicando que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que la demandante fue inducida al error o que se presenten vicios del consentimiento; no se demostró que hubiese notas o anotaciones que reflejaran la inconformidad de la demandante; que la demandante se encuentra fuera del tiempo permitido por la ley 100 de 1993 en su artículo 13. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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 del orden público, y la innominada o genérica (pág. 1 a 45 archivo No 02 contestación).

3.2 PORVENIR S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que el traslado se efectuó producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia del formulario de vinculación; que no se presentó error en la calidad del objeto o en la persona, como para considerar la configuración de un vicio en el consentimiento; que en dado caso el vicio del consentimiento estaría saneado por la permanencia en el tiempo de parte de la actora; que se hizo la publicación en el diario el Tiempo para retornar al RPMPD pero la demandante no ejerció tal facultad; que en el evento de declararse la nulidad de traslado, debe tenerse en cuenta el Concepto No 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, en la que indica que solo es procedente la devolución de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Rotuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (p. 1 a 31 archivo No 02 contestación).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que obran en la cuenta, junto con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, sin que le sea dable descontar suma de dinero por seguros de invalidez o sobrevivencia o para la garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a que reciba los dineros que traslade Porvenir S.A. y reactive la afiliación sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas. Finalmente, condenó a la AFP Porvenir S.A. a las costas procesales.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL31989 de 2008, SL4964 de 2018, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL985 de 2020, SL2611 de 2020, SL3199 de 2021, SL4025 de 2021, SL5680 de 2021, y SL1055 de 2022, señalando que se requiere información objetiva y comparada que garanticen la transparencia en la información brindada a la afiliada; que se invierte la carga probatoria, por lo que la AFP debe probar que brindó la asesoría de manera correcta; que las AFP deben brindar una información clara, eficaz y oportuna; que la AFP debía hacer una ilustración de condiciones de acceso, características, ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias de cada uno de los regímenes; que la firma y las consignaciones preimpresas en los formularios no son suficientes y a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que la demandante no recibió una información clara, cierta y oportuna; que no se obtuvo

ninguna confesión o contradicción frente al cumplimiento del deber de información; que la AFP debe devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y comisiones junto con los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, y rendimientos. Finalmente, que la ineficacia no está sometida al término trienal de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 DEMANDANTE. Presentó recurso de apelación en lo que refiere a las costas procesales en relación con Colpensiones, solicitando que se condene en costas a tal entidad, de conformidad con el artículo 365 y 366 del CGP, pues Colpensiones fue parte vencida en la demanda.

5.2 COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia proferida por la a quo señalando para tal efecto que la afiliación tiene plena validez; que se trata de un traslado por fuera de los parámetros legales establecidos en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto es, dentro de los 10 años de prohibición legal; que no es posible generar la ineficacia, ya que una de las razones es por la mesada pensional e hizo aportes por más de 15 años en el RAIS; que en cuanto a la condena en costas, Colpensiones no estuvo presente en la afiliación al RAIS.

5.3 AFP PORVENIR. Solicita se revoque la sentencia de primera instancia ya que del escrito de la demanda no se infiere que se trató de una asesoría personal y en grupo, existiendo contradicción entre la demanda y el interrogatorio de parte; que en el escrito de la demanda, hecho No 07, se indica que el asesor le dio información, sin embargo, en el interrogatorio manifestó que no se le dio ninguna información, por lo que hay una contradicción; que existe una contradicción entre lo pedido y lo fallado, ya que se pretende la nulidad del traslado y se resolvió declarar la ineficacia; que con la decisión se afecta la confianza legítima, la escindibilidad de las normas, y la sostenibilidad financiera; que se obliga a la AFP a presentar una información o pruebas que no eran exigibles para la época; que la demandante suscribió el formulario de afiliación, y se le restó valor probatorio; que el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas al estado inicial, para lo cual debe tenerse en cuenta la sentencia T 569 de 2015; que respecto a los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que son de tracto sucesivo y son situaciones consolidadas imposibles de retrotraer; que las comisiones fueron valores girados a un tercero, y no resulta dable que se responda del propio patrimonio; que la condena en costas no proceden.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que en el evento de confirmar la ineficacia del traslado, se ordene a la AFP trasladar la totalidad de las sumas obrantes en la CAI.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil;

que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, pero que se condene en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la DEMANDANTE, la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021, por lo que, el punto objeto de alzada referido a que se pretendió la nulidad y se declaró la ineficacia no tiene vocación de prosperidad, pues independientemente de ello, corresponde al juzgador ceñirse al criterio jurisprudencial reseñado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el cual no es otro que declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora NANCY JEANETH RODRÍGUEZ BAYONA se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 17 octubre de 1995, con cotizaciones hasta el 30 de julio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 1 a 4 archivo No 03- Historia Laboral); que se trasladó a PORVENIR S.A. el 30 de julio de 1999 (Fol. 6 archivo 02), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 17 a 23 archivo 02).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que la información recibida fue grupal y sólo dio cuenta de generalidades, sin que ello resulte contradictorio con lo manifestado en el escrito de demanda, pues cuando la actora afirma que se le brindó asesoría personal, no necesariamente ello equivale a que la asesoría fue individual, por el contrario, tal como lo relató en el interrogatorio, ha de entenderse que la asesoría fue personal y de manera grupal ante los demás compañeros de trabajo. Asimismo, tampoco puede considerarse la existencia de una contradicción que lleve a dar al traste con las pretensiones de la demanda, el hecho de que haya manifestado en la demanda que el asesor le informó sobre los beneficios y que en el interrogatorio haya negado haber recibido información, pues en todo caso, no existe ningún elemento suasorio por parte de la AFP que permita dilucidar cuál fue la clase de información recibida y sí se le suministró información, no solo de los beneficios, sino de las consecuencias que acarrea el traslado de régimen en la situación particular de la actora, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL3752 de 2020), quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros

que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Minina por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, lo que en efecto hizo la a quo, debiéndose impartir confirmación en este tópico. Adicionalmente, se confirmará que la devolución de los gastos de administración se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos es en cuanto a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre el concepto de gastos de administración.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones,

independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia, dado que el artículo 365, numeral 1° establece que será condenada la parte vencida en el proceso, ha de tenerse en cuenta que COLPENSIONES funge como parte demandada y resultó vencida en el proceso, pues ejerció férrea oposición a las pretensiones de la demandante, por lo que, se debe revocar su absolución y ordenar su imposición. Tásense.

DECISIÓN

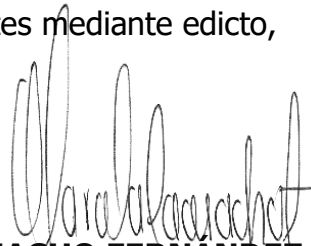
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se revoca la absolución de las costas a cargo de COLPENSIONES, para en su lugar ordenar la imposición de las mismas. Tásense.

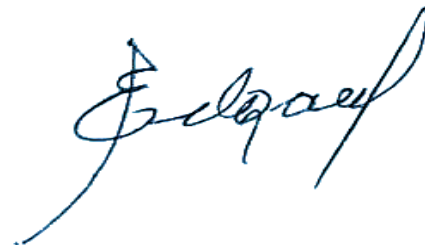
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

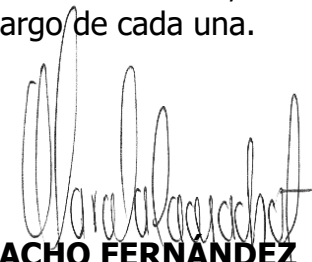


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000. a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *ANA JULIA ÁVILA RICO*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-038-2021-00201-01*
ASUNTO: *APELACIÓN*
TEMA: *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE DE PENSIONADO.*

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora ANA JULIA ÁVILA RICO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite de LUIS ALBERTO LOMBANA GASCA, a partir del 20 de noviembre de 2020, los intereses moratorios, subsidiariamente la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que contrajo matrimonio católico con el señor Luis Alberto Lambona Guasca (Q.E.P.D), el 17 de diciembre de 1977, y de esa unión nacieron sus hijos Paola Andrea Lombana Ávila y Jorge Alberto; que convivieron en forma tranquila hasta mediados del año 1997, ya que a partir de esa anualidad se acentúan los problemas de adicción a las drogas y al alcohol del señor Luis Alberto Lambona Guasca, lo que afectó gravemente la estabilidad de la familia; que buscaron ayuda profesional y en el año de 1997 el señor Luis Alberto Lambona Guasca fue internado en el Instituto Colombiano del Sistema Nervioso – Clínica Monserrat; que posteriormente regresó a la casa con su familia, pero ello fue intermitente, ya que varias veces fue internado en centros asistenciales; que hacia el año 2001 el señor Luis Alberto Lambona Guasca traslada su vivienda a la casa de la mamá y su hermana, sin desligarse de su núcleo familiar; que al año siguiente falleció su mamá y luego su hermana, quedando él viviendo solo; que la separación física significó para la actora un mayor esfuerzo y sacrificio, ya que además de administrar el hogar, debía junto con sus hijos, estar pendiente de la situación de salud de su esposo, ya que tenían claro que no lo podían abandonar, por el contrario, ayudarlo en su recuperación; que en el año 2001 el causante dejó de trabajar y a partir de ese momento la afiliación al sistema de salud y sus gastos personales son financiados por su hijo, su hija y la actora; que el 23 de abril de 2004 mediante sentencia del Juzgado Primero de Familia decreta la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, registrado el 15 de marzo de 2005 ante la Notaría 22 de Bogotá, proceso que se realizó por mutuo acuerdo; que la pareja a pesar de residir en diferentes lugares, tenían una buena relación personal, buena comunicación, apoyo, y comprensión; que en el año 2017 se incrementan las enfermedades del

causante, lo que significó un mayor esfuerzo y sacrificio por parte de la demandante, ya que tenía que desplazarse hasta la casa del causante para poder atender eficientemente todas las necesidades alimentarias y de salud del óbito; que desde el 2017 hasta la muerte del pensionado en el 2020, significó mucho más esfuerzo para la demandante, ya que el señor Luis Alberto Lambona Guasca entraba y salía constantemente de clínicas y hospitales para atender su salud y era la demandante la única persona que estuvo a su lado para brindarle compañía, comprensión, apoyo, programación y asistencia a citas médicas, terapias y en fin, todas las dificultades que se le presentaban; que Luis Alberto Lambona Guasca falleció el 20 de noviembre de 2020.

Relató que fue la demandante quien le ayudó en el trámite del reconocimiento de la pensión de vejez del señor Luis Alberto Lambona Guasca, ya que tuvieron que realizar trámites de corrección y recuperación de semanas, siendo la actora quien redactaba y proyectaba todo lo concerniente para ese fin; que el 28 de agosto de 2018 el señor Luis Alberto Lambona Guasca, mediante oficio elaborado por la actora, solicita la pensión de vejez ante COLPENSIONES, pero le fue negada a través de Resolución 384981 del 27 de noviembre de 2015, y proceden a través de oficio del 07 de diciembre de 2015, a interponer recurso de reposición y en subsidio apelación, el primero negado a través de Resolución GNR35261 del 02 de febrero de 2016, y el segundo resuelto a través de Resolución VPB18605 del 21 de abril de 2016, con la cual le reconoce la pensión de vejez en cuantía de \$707.178, con efectividad a partir del 01 de febrero de 2015.

Manifiesta que el 09 de diciembre de 2020 solicitó ante Colpensiones la pensión de sobrevivientes, pero le fue negada mediante Resolución SUB24723 del 03 de febrero de 2021, con fundamento en que la convivencia solo fue efectiva hasta el 15 de marzo de 2005. (Fols. 1 a 11 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 1 y 2 Archivo 08); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación Colpensiones.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que se probó luego de la investigación administrativa que la demandante y el causante no convivían para la fecha de su deceso, incumpliendo los requisitos que establece el artículo 47 de la ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, 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, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, y la innominada o genérica (Fols. 2 a 15 Archivo No 09 Contestación).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora Ana Julia Ávila Rico, imponiéndole costas (fls. 1 a 3 archivo 16 y 17 con Audiencia virtual).

Su decisión se basó en que la pensión sanción es transmisible a los beneficiarios que acrediten los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto

corresponde a la convivencia, ya que fue un hecho indiscutido que el causante era beneficiario de la pensión reconocida por el extinto ISS.

Frente al tema de la convivencia, dedujo que la demandante y el causante contrajeron matrimonio católico desde el año de 1966, y para el año de 1989 liquidaron la sociedad conyugal, y posteriormente en el año 2010 cesaron de común acuerdo los efectos civiles del matrimonio, asimismo que obra sentencia del Juzgado de Funza en la que declaró la unión marital de hecho entre el 27 de marzo de 2010 hasta el 22 de febrero de 2014; sin embargo, en lo tocante a la convivencia en materia de seguridad social debe ponderarse que el causante residía en Estados Unidos, y cesaron los efectos civiles del matrimonio en el año 2010 de manera voluntaria, con una declaración de la propia parte demandante, en la que se expresa que llevan más de 10 años de separados y no depende económicamente del causante, además que solventaba sus propias necesidades, afirmaciones que ahora no pueden desconocerse aceptando la tesis de la actora de que la convivencia perduró hasta el fallecimiento del causante.

Que los testigos solo dieron cuenta de una relación cordial cuando viajaba el causante a Colombia, siendo su última visita en el año 2012, lo que denota que no se demostró esa convivencia con vocación de permanencia, aunado a que el causante residía en Estados Unidos, tomando la decisión de separarse de manera voluntaria, esto es, que no fue una separación forzada por temas laborales, de estudios o de salud.

Que el causante soportó la enfermedad solo, con lo cual considera el despacho que no existe asidero sólido para acreditar la convivencia, menos aún para sumar la convivencia del matrimonio con la unión marital de hecho.

Empezó por señalar que de conformidad con la sentencia SL24421 del 25 de mayo de 2020, la fecha de la muerte determina la norma que regula la pensión de sobrevivientes, y como quiera que el señor Luis Alberto Lambona Guasca falleció el 20 de noviembre de 2020, le es aplicable la ley 797 de 2003, disposición que es clara al precisar que los beneficios lo serán la cónyuge o compañero (a) permanente, siempre y cuando tenga 30 o más años de edad, debiendo acreditar vida marital, y convivido no menos de 5 años con anterioridad al fallecimiento en el caso de la compañera permanente.

Adujo que no era objeto de controversia la condición de pensionado del señor Luis Alberto Lambona Guasca, el cual se acredita con la resolución VPB18605 del 21 de abril de 2016, misma que concedió la pensión a partir del 1 de febrero de 2015, cuya suma era de \$ 890.144 al momento del fallecimiento.

Que mediante sentencia del Juzgado Primero de Familia, cesaron los efectos civiles del matrimonio, y por virtud de ello, la demandante no ostentaba la condición de cónyuge al momento del fallecimiento del señor Luis Alberto Lambona Guasca, por lo que, debía acreditar que con el causante sostuvo una relación de compañeros permanentes hasta el momento del fallecimiento y que convivió al menos 5 años anteriores al fallecimiento.

Manifestó que de la prueba testimonial no resultaba demostrado la convivencia exigida, dado que no se acredita que efectivamente haya tenido una relación de compañera permanente hasta el fallecimiento susceptible de ser calificada como una relación marital; no se evidencia una convivencia efectiva y afectiva en los últimos 5

años; que la convivencia que se exige implica comunidad de vida, realizar un proyecto de vida, por lo cual, si bien no desconoce que se puede inferir que la demandante realizó un acompañamiento económico y asistencia solidaria, no puede calificarse tal relación como forjada en el crisol de un amor responsable que implique una convivencia real y efectiva que es lo que se exige el ordenamiento legal.

Que la demandante señala que sería la pensión equiparable a una reparación por los esfuerzos que realizó durante la relación que sostuvo, sin embargo, la pensión no ha sido diseñada para reparar o indemnizar eventuales erogaciones en que haya incurrido una persona en la asistencia solidaria con la otra; que el soporte económico no era del causante a la demandante, sino de la demandante al causante; que tras el fallecimiento del causante no se advierte que la demandante tuviera que soportar las cargas materiales y espirituales del deceso, pues precisamente ella venía soportando la carga económica del hogar, ya que el demandante no realizaba aportes; que no se advierte que hubiere técnicamente una pareja, a lo sumo una relación de amistad.

En conclusión, la demandante no acreditó la condición de compañera permanente del causante pensionado y la convivencia en los últimos cinco años anteriores al deceso del señor Luis Alberto Lambona Guasca, lo que llevó a impartir absolución de las pretensiones. Luis Alberto Lambona Guasca

5. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandante manifiesta que si hay lugar a la pensión de sobrevivientes, ya que la convivencia física se puede justificar por asuntos de salud y de trabajo, entre otros, en este caso, por recomendación profesional para proteger la familia y su propia integridad; que la pareja decide separar su vivienda, y lo único que faltó fue la convivencia física y relaciones íntimas, del resto siguió comportándose como pareja; que la excepción de la convivencia física está justificada; que los testigos manifestaron que se veía una relación autentica de pareja, que se trataban con mucho respeto y había un trato preferencial entre ellos; que la demandante confesó que no se presentaron relaciones sentimentales, pero que cada uno estaba muy responsable en que la otra persona estuviera en buenas condiciones, y si bien la demandante asumió con mayor seriedad esa responsabilidad, el causante también lo hizo a su manera; que se construyó un hogar y por la misma indicación médica que les recomiendo vivir separados, no da lugar a negar la pensión de sobrevivientes; que las costas son injustas, ya que está reclamando un derecho fundamental irrenunciable.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante.: Solicita que se revoque la decisión de instancia y se conceda la pensión de sobrevivientes, dado que la actora cumple con el requisito de la convivencia, pues si bien se presentó el divorcio, la pareja continuó sin interrupción compartiendo todas sus actividades, vida, devoción y trazándose propósitos comunes.

6.2 Colpensiones.: Peticiona que se confirme la decisión de instancia, dado que la parte demandante no logra acreditar el mínimo de convivencia exigido por la norma, tal como lo concluyó el a quo.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la DEMANDANTE se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

1. Problema jurídico. Los problemas jurídicos que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora ANA JULIA ÁVILA RICO reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor LUIS ALBERTO LOMBANA GASCA (q.e.p.d.)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, intereses moratorios o la indexación?

2. Fallecimiento. El señor LUIS ALBERTO LOMBANA GASCA (q.e.p.d.) falleció el 20 de noviembre de 2020, según registro civil de defunción obrante a folio 13 archivo No 12.

3. Normatividad aplicable. Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 20 de noviembre de 2020 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

4. Calidad de pensionado. Se encuentra demostrado que el señor Luis Alberto Lombana Gasca (q.e.p.d.), tenía el estatus de pensionado, conforme resolución VPB18605 del 21 de abril de 2016, en cuantía inicial de \$707.718, efectiva a partir del 1 de febrero de 2015 (Fol. 63 a 69 archivo No 010).

5. Requisitos de la pensión de sobrevivientes cónyuge de pensionado. Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento para el caso de la compañera permanente y en cualquier tiempo para la cónyuge, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

5.1. Calidad de cónyuge. El registro civil de matrimonio glosado en el expediente administrativo folio 10 archivo No 12 da cuenta que el señor Luis Alberto Lombana Gasca contrajo matrimonio con Ana Julia Ávila Rico, el día 17 de diciembre de 1977.

5.2. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Ana Julia Ávila Rico, nació el 27 de enero de 1959, es decir, que para la

muerte del señor Luis Alberto Lombana Gasca (q.e.p.d.), contaba con 61 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

5.3. Convivencia. Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

Ahora, en el caso bajo examen una vez revisado el registro civil de matrimonio logra extraer que contiene dos anotaciones, la primera referente a **disolución y liquidación de la sociedad conyugal** mediante acta de conciliación, y la segunda anotación corresponde a la **cesación de efectos civiles del matrimonio religioso** mediante sentencia del 23 de abril de 2004 (Fols. 27 a 29 archivo No 12), trámite éste último que resulta trascendental para la definición de la litis, dado que fue la demandante y el causante, quienes de manera voluntaria tomaron la determinación de divorciarse, suspendiéndose a partir de dicha data la vida en común de los consortes.

Frente a esta situación fáctica, resulta imperioso traer a colación lo que pregona al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, corporación que si bien es cierto, ha sostenido inveteradamente que "*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*" (SL6519-2017), no es menos cierto que, también 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*" (SL3251-2021), y que "*la cesación de efectos civiles de un matrimonio católico o civil o divorcio, impide aducir al reclamante la calidad de persona con vínculo matrimonial vigente y por ende, en esta eventualidad no tendría la prerrogativa o el derecho de poder acreditar los cinco años de convivencia en cualquier tiempo*" (SL5220-2018).

En tales condiciones, resulta claro que a la demandante en calidad de **cónyuge** no le asiste el derecho pensional reclamado, ya que para hacerse merecedora de la prestación en tal calidad cuando ha existido separación de hecho o de cuerpos, se debe contar con la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial, lo que se itera, no acontece en el sub examine.

Sin embargo, aduce la actora que a pesar de las figuras legales adoptadas, la convivencia siempre estuvo latente hasta el fallecimiento del causante, y por ello, debe proceder el reconocimiento en calidad de **compañera permanente**, ya que lo único que faltó fue haber compartido lecho, en la medida en que los demás elementos de la convivencia están satisfechos; sin embargo, no puede la Sala dar por acreditada la convivencia requerida para causar la prestación de sobrevivientes reclamada, ya que como se dijo al inicio de estas consideraciones, la convivencia debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, verificándose elementos que permitan inferir sin asomo de duda que se mantuvo vivo y actuante su vínculo, en esferas como el auxilio mutuo, el acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común (a pesar de las separaciones forzadas por salud, trabajo o educación entre otras), elementos que en el presente proceso judicial no se acreditan ya que las testificales traídas al diligenciamiento son muy generales. A este respecto, nótese como la testigo Diana Marcela Saavedra García manifestó que conoció a la pareja cuando ella sostenía una relación sentimental con el hijo de aquellos, pero que de manera presencial solo los conoció entre el año 2005 al año 2013, y de allí en adelante sus dicho es producto de la comunicación virtual que tenía con la demandante, es decir, poco o nada aporta a estructurar la convivencia en los últimos cinco años anteriores al deceso del pensionado, a saber, 20 de noviembre de 2020 al 20 de noviembre de 2015, y por esa razón, tal testifical se desecha.

De igual manera, llama la atención de la Sala el dicho del señor Ángel Alberto González Moreno, quien manifestó haber sido arrendatario en la misma casa donde el señor Luis Alberto Lombana Gasca residía, precisando que veía a la pareja "muy seguido" de 3 o 4 veces por semana; sin embargo, la actora en el interrogatorio de parte ante la insistencia del a quo para que precise la frecuencia en que visitaba al óbito adujo que lo visitaba dos veces por semana "dependiendo de lo que se ofrecía", es decir, mal podría la Sala tener por acreditado que la pareja se veía 3 o 4 veces por semana, cuando es la propia demandante quien manifiesta que la frecuencia de las visitas eran de dos días a la semana; igualmente, nada refiere el testigo acerca de la vida en común y el auxilio mutuo, solo manifestó que ellos eran "esposos" pero nada relató en concreto, es más, manifestó no tener conocimiento del por qué vivían aparte, pues dijo que "no sé qué pasaría", asimismo, a pesar de compartir residencia en la misma casa con el señor Luis Alberto Lombana Gasca, no tenía conocimiento de que aquel era pensionado, ya que afirmó que el de cujus se sostenía del arriendo y de ayuda de la familia, lo que permite inferir que sus dichos son generales, carentes de precisiones y particularidades que den cuenta realmente de que la promotora de la Litis y el señor Luis Alberto Lombana Gasca a pesar de haber cesado los efectos del matrimonio, continuaron como pareja en calidad de compañeros permanentes hasta el deceso del pensionado.

Del mismo modo, se escuchó a la señora Dolores Alicia Delgado, quien aseveró conocer a la pareja desde el 2008, ya que era quien hacía aseo del edificio donde residía la demandante y también le hacía aseo al apartamento donde vivía la

actora; empero, sus dichos no son de tal entidad que logren generar en el juzgador el convencimiento de la efectiva y real convivencia entre la pareja, pues solo manifestó de manera superficial que el señor Luis Alberto Lombana Gasca iba donde la demandante "muchas veces", pero no especificó si los vio compartir como pareja, o si en algún momento los veía en algún evento familiar o social compartiendo como pareja, resultando sus dicho vanos de información tendiente a determinar la convivencia exigida a la luz de la jurisprudencia en cita. El apoyo mutuo tampoco se logra extraer de tal testifical, ya que la deponente manifestó que era la demandante quien le dispensaba ayuda económica al causante, y que la acompañó a la casa del señor Luis Alberto Lombana Gasca, pero "solo íbamos a hacer aseo y ya", hecho que no da cuenta de cómo era el comportamiento de la pareja en esas visitas o si compartían momentos propios de una relación sentimental, máxime que solo fue unas cinco o seis veces a realizar tal labor.

Ahora, la recurrente edifica la procedencia de la pensión de sobrevivientes en que la separación o divorcio de la pareja fue por recomendación de profesionales ante la situación de alcoholismo del señor Luis Alberto Lombana Gasca; no obstante, solo se tiene el dicho de la actora al respecto, pues si bien obra historia clínica del causante (Fols. 18 a 26 archivo No 12), en ninguno de sus apartes se evidencia la recomendación a que hace alusión la actora de tener que separarse, incluso, llama poderosamente la atención el que para el 29 de diciembre de 1997 se registre como prospección el "mejorarse para dedicarse a su trabajo y a su familia", y luego más adelante se registra "después del episodio convulsivo, el paciente ha presentado angustia, ansiedad, con llanto fácil, ideas de tristeza y desesperanza. Ha influido el hecho de que su esposa tuvo que viajar a USA por cuestiones de trabajo, con su hijo menor", lo que, contrario al relato factual nada indica o por lo menos no logra demostrarse en el cartapacio que la separación y cesación de efectos civiles del matrimonio haya acontecido por cuestiones relativas a la enfermedad o consecuencias del alcoholismo del actor, mucho menos que exista recomendación profesional al respecto, incluso, la actora en el interrogatorio hace alusión a que el divorcio se hizo con la finalidad de "protegerse económicamente", por lo que, ninguna prueba sustenta la posición de la recurrente al manifestar que fue por recomendación profesional para proteger la familia y mucho menos su propia integridad.

Ahora, si se diera por sentado que la cesación de efectos civiles del matrimonio fue por recomendación profesional para proteger la familia y su propia integridad, es decir, que en realidad esa manifestación de la voluntad solo fue formal, ya que el vínculo matrimonial continuó, lo cierto es que, de ello solo da cuenta el dicho de la actora, pues ningún testigo hizo referencia a tal situación, incluso desconocían las razones del por qué vivían en lugares diferentes. Adicionalmente, no se demuestra en el proceso que alguna de las dos partes, bien sea el causante o la actora, hayan decidido en algún momento después de la cesación de los efectos civiles del matrimonio llevar una vida en común en cualquiera de las dos residencias, o que a pesar de vivir cada uno en lugar diferente hayan compartido momentos que son propios de pareja, como compartir eventos sociales, fechas especiales, entre otras circunstancias que podrían ser demostrativas de que en verdad continuaron comportándose como pareja, ya que de ello nada da cuentan las testificales, siendo que el dicho de la demandante no puede tenerse como prueba, pues la propia parte no puede fabricar la misma, y por ello, se desvanece la alzada referida a tomar apartes de lo manifestado por la actora en el interrogatorio para configurar en su favor la prestación pretendida.

En conclusión, a juicio de la Sala, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado no se probó que ANA JULIA ÁVILA RICO haya tenido sociedad conyugal vigente con el causante al momento el óbito, y convivido con aquel por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso, no quedando otro camino que absolver a Colpensiones de las suplicas de la demanda, como con acierto lo hizo el a quo, debiéndose confirmar la decisión de instancia.

6. Costas. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la demandante y a favor de la parte demandada COLPENSIONES, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, ya que no prosperaron las pretensiones de la actora, y por ello, debe considerarse como parte vencida en el proceso, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, y en cuanto al monto de las mismas, conforme el numeral 5º del artículo 365 *ejusdem* no es la oportunidad procesal para controvertirlas, por lo tanto, se despacha desfavorablemente este pedimento de la alzada.

DECISIÓN

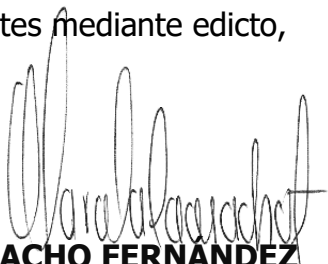
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

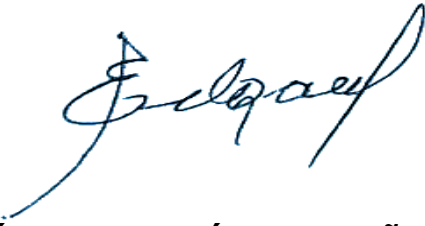
PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones vertidas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandada COLPENSIONES y a cargo de la demandante. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

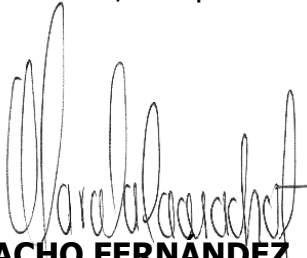


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de COLPENSIONES y a cargo de ANA JULIA ÁVILA RICO, el equivalente a (1/5) SMMLV, esto es, la suma de \$ 200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SANDRA GONZÁLEZ LOAIZA
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-035-2021-00377-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. SANDRA GONZÁLEZ LOAIZA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por la demandante; que se declare que la demandante nunca se trasladó del RPMPD; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el saldo existente de la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes o cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración y comisiones debidamente indexados; que se condene a Protección S.A. a trasladar las comisiones y gastos de administración debidamente indexados, así como las sumas destinadas a seguros y al fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberá asumir de sus propios recursos; que se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación en pensión de la demandante, lo ultra y extrapetita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 15 de mayo de 1967; que se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 02 de marzo de 1990, cotizando 329 semanas; que se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. el 09 de julio de 1996; que la afiliación no fue libre y voluntaria, ya que se incumplió con el deber de información; que el 01 de abril de 1998 se trasladó a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., sin que tampoco haya mediado información de las ventajas y desventajas del traslado de régimen; que cuenta con 1.473 semanas; que el 14 de julio de 2021 solicitó a COLPENSIONES dejar sin efecto el traslado y su retorno al régimen de prima media con prestación definida, pero le fue negada a través de respuesta del 15 de julio y 10 de agosto de 2021 (pág. 2 a 23 archivo 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (pág. 6 archivo No 05); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Se opone a la totalidad de las pretensiones señalando que no obra prueba alguna de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia ninguna nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante; que el traslado se realizó de manera libre; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata la ley 797 de 2003; que no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que ha actuado en estricto cumplimiento al deber legal y nada tuvo que ver con la decisión de la demandante. Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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 del orden público, y la innominada o genérica. (Pág. 1 a 39 archivo No 09).

3.2 AFP PORVENIR S.A. Argumenta que la AFP al momento de la afiliación cumplió con todos los requisitos legales para que naciera a la vida jurídica; que el traslado constituyó una decisión libre, voluntaria, informada y sin presiones por parte de la demandante, tal y como consta en el formulario de afiliación; que la demandante fue informada acerca de los dos regímenes pensionales; que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS; que la demandante no aporta prueba que permita indicar que el traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (Pág. 1 a 31 archivo No 07).

3.3 PROTECCIÓN S.A. Se opone a las pretensiones, con fundamento en que el traslado es un acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea, solemnizado a través del formulario de vinculación; que se pretende la ineficacia soportada en sus expectativas económicas respecto de la mesada pensional y no por vicios del consentimiento. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el 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, y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 21 archivo No 14)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de junio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS y como consecuencia se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con sus rendimientos; condenó a la AFP Porvenir

S.A. y Protección S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación por los gastos de administración conforme al tiempo permaneció afiliada al fondo privado; condenó a Colpensiones a volver a afiliar a la demandante al RPMPD y recibir todos los aportes que este hubiese efectuado a la AFP. Finalmente, condenó en costas a Protección S.A.

La decisión del juez se basó en lo pregonado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con lo cual dedujo que de conformidad con el artículo 167 del CGP, la AFP incumplió sus obligaciones y el deber de información; que el trabajador no puede probar que no se le brindó información y en consecuencia esto debe probarlo la AFP; que la AFP debe probar que al momento del traslado el afiliado contaba con todas las herramientas para tomar la decisión; que la información debe ser clara y suficiente referente a las implicaciones de su decisión y que debe darse en todas las etapas de la afiliación; que las leyendas pre impresas en el formulario no son suficientes; que aunque el formulario esté firmado esto no implica que se le haya brindado la información necesaria y suficiente; que Protección S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información; finalmente que la afiliación desinformada genera la ineficacia retrotrayendo las cosas a su estado anterior, trayendo como consecuencia que los fondos privados devuelvan la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y así mismo devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; ordenó a PORVENIR S.A. como última administradora a devolver todos los aportes efectuados por el demandante, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos a Colpensiones, asimismo, señaló que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. debe asumir de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la demandante por los gastos de administración por el tiempo en que estuvo vinculada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión fue recurrida por las siguientes partes:

5.1. Demandante: Afirma que se debe condenar en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. conforme al artículo 365 del CGP, ello en la medida en que fueron partes vencidas en el proceso; que no existe razón para que solo PROTECCIÓN S.A. sea condenada en costas.

5.2. Colpensiones: Solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado; que se generó una inversión de la carga de la prueba teniendo en cuenta la línea jurisprudencial de la CSJ, sin embargo, no se tuvo en cuenta la sentencia C086 de 2016, en la que estable que tal inversión no se puede hacer de manera automática sino que se tiene que hacer el análisis de cada caso en concreto; que en el presente asunto no se tuvo en cuenta ciertos elementos, como que la demandante señaló la injerencia del empleador al momento del traslado; que se está frente a una contradicción ya que se busca en esta clase de procesos atacar la falta de información por parte del RAIS, pero se está ante una afiliada que desconoce las características de COLPENSIONES; que se está avalando la negligencia de las partes en lo relativo a su situación pensional y esa responsabilidad se está trasladando a las partes demandadas; que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

5.3. Porvenir S.A.: Insiste en que se debe revocar la decisión en la medida en que no existe razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia;

que la decisión fue libre y espontánea, sin presiones, y con el cumplimiento de los requisitos de las normas que se encontraban vigentes; que suscribió el formulario de afiliación, mismo que es aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que en lo que respecta a comisiones y gastos de administración, no resulta coherente que se declare la figura de ineficacia *ex tunc* en unos aspectos y otros no; que los frutos o rendimientos dados por la administración de los recursos no se hubieran generado en el RPMPD; que al trasladar los gastos de administración y rendimientos se pone a la demandante en una condición diferente y ventajosa si hubiera permanecido en el RPMPD, lo que va en contravía del artículo 897 del Código de Comercio; que los gastos de administración son montos que tienen destinación específica, y cumplió su cometido en el periodo en que ha mantenido su vinculación, de tal suerte que estas sumas fueron invertidas conforme a la ley y no se encuentran en su poder; que la devolución de gastos resultan improcedentes de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que el traslado de recursos entre regímenes debe efectuarse de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008; que no se ve razón atendible para incluir conceptos que la norma no contiene.

9. Alegatos de conclusión.

9.1 DEMANDANTE.: Solicita que se modifique la decisión de instancia, condenando a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a las costas procesales.

9.2 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente solicita se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal del traslado; que no se acreditan vicios del consentimiento; que la carga de la prueba corresponde a la parte demandante; que el deber de información para la época del traslado se agota con el formulario de vinculación; que el traslado de régimen representa una descapitalización del sistema; que en el evento de confirmar la ineficacia, se ordene a la AFP a devolver en su integridad los aportes, debidamente indexados.

9.3 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia es improcedente la devolución de gastos de administración y sumas de la aseguradora; que la rentabilidad de los aportes es un tema ajeno al régimen de prima media, por lo que en estricto sentido no deberían devolverse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el DEMANDANTE, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora SANDRA GONZÁLEZ LOAIZA se afilió al ISS el 03 de marzo de 1990, con cotizaciones en el régimen de prima media hasta el 30 de junio de 1996 (pág. 1 y 5 Archivo No 12); que suscribió formulario de afiliación con la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. con fecha del 09 de julio de 1996 (pág. 29 archivo No 14); que se trasladó posteriormente a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. el 18 de junio de 1998 (Pág. 33 archivo No 07), entidad donde actualmente se encuentra afiliada (Pág. 35 a 50 archivo No 07).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se

enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Ahora, respecto a que se cumplió con el deber de información según lo dicho por la actora en el interrogatorio, y que para ese momento solo era exigible la manifestación de la voluntad en el formulario de vinculación, acota la Sala que la AFP debía haberle suministrado de manera escrita por lo menos el "plan de pensiones" de que trata el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, documento que "*deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación*", empero, el mismo brilla por su ausencia.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes demandadas que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: “***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***”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 09 de julio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

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

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, este último concepto en el caso de PROTECCIÓN S.A. y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia, dado que el artículo 365, numeral 1º establece que será condenada la parte vencida en el proceso, ha de tenerse en cuenta que COLPENSIONES y PORVENIR S.A. fungen como parte demandada y resultaron vencidas en el proceso, pues ejercieron férrea oposición a las pretensiones de la demandante, por lo que, se debe revocar su absolución y ordenar su imposición. Tásense.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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: ADICIONAR al numeral **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 17 de junio del 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP PORVENIR S.A., y la AFP PROTECCIÓN S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se revoca la absolución de las costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para en su lugar, ordenar la imposición de las mismas. Tásense.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA RODRÍGUEZ RICO
DEMANDADO: PRELEGAL ASSIST S.A.
RADICACIÓN: 110013105-020-2021-00172-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: SALARIO - BONIFICACIONES.

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA VICTORIA RODRÍGUEZ RICO instauró demanda ordinaria contra PRELEGAL ASSIST S.A., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 02 de febrero de 2015 hasta el 28 de febrero de 2018; que se declare que los auxilios de alimentación, rodamiento y recreación grupo familiar constituye salario, y en consecuencia, que se condene a la entidad demandada al pago de la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones durante todo el tiempo laborado, así como las diferencias en la liquidación final de prestaciones y vacaciones, al pago de la indemnización por finalización del contrato sin justa causa, la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990 por no consignación completa de las cesantías, la diferencia en los aportes al sistema integral de seguridad social, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita, la indexación, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la entidad demandada desde el 02 de febrero de 2015, desempeñándose inicialmente como abogada servicio empresarial, con un salario de \$2.500.000, compuesto por \$1.500.000 por concepto de salario básico, \$450.000 como auxilio de alimentación, \$450.000 como auxilio de rodamiento y transporte y \$100.000 como auxilio por concepto de recreación; que lo convenido en la cláusula cuarta del contrato de trabajo fue unilateral de la empresa y en ningún momento fue de mutuo acuerdo entre las partes; que todos los factores prestaciones y aportes a la seguridad social se generaron sobre la base salarial denominada "sueldo"; que el pago de los auxilios fue mensual sin interrupciones, con una habitualidad comprobada; que al reconocer la liquidación final de prestaciones sociales no se tuvo en cuenta como base salarial los auxilios de bonificaciones, auxilio de alimentación, auxilio de rodamiento y transporte, y auxilio por concepto de recreación; que la demandada no contaba con política de comisiones y/o bonificaciones y tampoco socializó la forma de agotamiento o legalización de los auxilios excluidos de la base salarial; que el descanso remunerado de vacaciones a que tenía derecho se liquidó con base en el salario básico y no sobre el valor total de la remuneración percibida. (fls. 2 a

2. Contestación de PRELEGAL ASSIST S.A. Al contestar la demanda aceptó el vínculo laboral de la actora, oponiéndose a que se tenga en cuenta los auxilios como factor salarial, ya que dentro del contrato de trabajo se señala de manera expresa en la cláusula cuarta que los auxilios de alimentación, recreación, rodamiento o transporte son pagos que no constituyen salario, además no retribuyen directamente la prestación del servicio y se entregaron por mera liberalidad; que la cláusula del contrato se ajusta a todos los preceptos legales, por lo que no hay lugar a la ineficacia que trae consigo el artículo 43 del CST; que la actora presentó renuncia voluntaria, por lo que no hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, buena fe, pago y compensación, y cobro de lo no debido (Fols. 1 a 36 archivo No 05).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de junio del 2022, en la que el fallador de instancia, absolvió a la parte demandada PRELEGAL ASSIST S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARÍA VICTORIA RODRÍGUEZ RICO, declarando probadas las excepciones propuestas por la demandada, condenando en costas a la parte actora.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral de la actora con Prelegal Assist S.A., situaciones que no fueron objeto de discusión al encontrarse aceptado en la contestación de la demanda, adicionalmente se corrobora con el contrato de trabajo, el otro sí, la carta de terminación y liquidación final de prestaciones.

En lo que respecta al carácter salarial de los auxilios recibidos, manifestó que conforme lo establecido en el artículo 127 y 128 del CST, así como las sentencias del 12 de febrero de 1993, radicado No 5481, la SL220 de 2017, la SL68603 de 2017 y la SL4313-2021, la regla general es que todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa es salario; sin embargo, revisado el acervo probatorio, se suscribió un contrato y en la cláusula cuarta se estipuló los auxilios de alimentación, transporte y recreación, contrato que fue suscrito de manera voluntaria entre las partes, además de ser un acuerdo claro y preciso, por lo tanto, no hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales y demás sanciones; ahora, si en gracia de discusión, se lograra establecer que tales auxilios constituyen factor salarial, los mismos estarían prescritos, ya que la exigibilidad del derecho es desde la finalización del contrato, esto es, 28 de febrero de 2018, sin que exista reclamación que interrumpa la prescripción, siendo presentada la demanda el 23 de marzo de 2021, esto es por fuera de los tres años de que trata el artículo 151 del CPTSS (Fols. 1 a 3 archivo No 09)

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte **demandante** interpone recurso de apelación, manifestando que para el despacho tiene mayor relevancia la suscripción de una clausula en el contrato, pero lo que no queda claro es la destinación de esos auxilios, dejando de lado el artículo 53 de la Constitución Política, ya que prima la realidad sobre las formas; que existe nutrida jurisprudencia, como la SL4314 de 2020, donde se expresa que debe primar la realidad sobre lo pactado; que el juez trae una jurisprudencia anacrónica donde en efecto se le da importancia al acuerdo entre las partes; que la sentencia SL4866 de 2020 dispuso que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado de manera constante y habitual; que la CSJ en varias providencias ha manifestado que no es carga del trabajador definir si los conceptos eran o no retribución del servicio; que hay elementos sustanciales de que se le hizo el pago del auxilio de alimentación, rodamiento y recreación de manera constante; que la representante legal no manifestó cual era el fin de esa desalarización; que la sentencia SL5159 de 2018 precisa los elementos definitorios de cuando alcanza

un estipendio salario o no; que el empleador no probó que ese pago de los auxilios no salariales obedecían a causa distinta a la prestación del servicio; que la sentencia SL12220 de 2017, establece que los pagos son retributivos del servicio y es el empleador quien debe demostrar que no lo es; que existen elementos probatorios en la que los auxilios deben ser considerados como salariales; que sobre la prescripción no se tuvo en cuenta que en el año 2020 se profiere el Decreto 564 relativo a la emergencia sanitaria, e hizo interrupción de términos entre el 16 de marzo de 2020 y el 01 de julio de 2020, esto es, tres meses y catorce días, con lo cual, tenía la actora hasta el 21 de junio de 2021 para interponer la demanda, y por ello la demanda se interpuso en los términos legales.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandada. En la oportunidad legal solicita que se confirme la decisión absolutoria de primer grado, ya que los conceptos reclamados como salariales, no constituyen salario, pues fueron otorgados por mera liberalidad por el empleador.

5.2 Demandante. Solicita que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones, dado que en primer lugar se inobservó los efectos de la pandemia en lo tocante al conteo de los términos de prescripción y en segundo lugar desestimó que los auxilios recibidos constituyen factor salarial, cuando realmente se encuentra demostrado que si lo es.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿El pago de los auxilios de "alimentación, rodamiento o transporte y recreación" pactado entre las partes constituye salario en los términos del artículo 127 del CST?

3. Relación laboral y extremos temporales. Las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, situaciones fácticas que fueron no solo aceptadas por la demandada PRELEGAL ASSIST S.A. en su contestación (Fol. 9 contestación), sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 27 a 32 archivo No 01), la carta de renuncia del contrato a partir del 28 de febrero de 2018 (folios. 98 archivo No 5), y la liquidación final del contrato (Fol. 99 archivo No 05).

4. "Auxilios no prestacionales" como salario. Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra "*todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte*".

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo un andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios

habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, puedan ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, los cuales no pueden excluirse de su naturaleza salarial por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer cláusulas globales o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"* (SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos"*, ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario"*, y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado entre las partes.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión **(SL7820/14)**. Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09)**.

Descendiendo al sub examine, desde ya la Sala le dará la razón al a quo, con base en los siguientes razonamientos.

A folio 51 archivo No 05 de la contestación obra el contrato de trabajo suscrito entre las partes, en la que se dice textualmente:

"CUARTA.- REMUNERACIÓN: EL EMPLEADOR pagará a EL TRABAJADOR por la prestación de sus servicios, un salario básico mensual UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000) M/CTE pagaderos mes vencido.

PARÁGRAFO PRIMERO. Adicionalmente EL EMPLEADOR pagará mensualmente a EL TRABAJADOR como factor monetario no constitutivo de salario, los siguientes Auxilios:

1. *Un Auxilio Mensual por concepto de ALIMENTACIÓN por valor de CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$450.000.00=) M/CTE.*
2. *Un Auxilio Mensual por concepto de RODAMIENTO Y TRANSPORTE por valor de CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$450.000.00=) M/CTE.*
3. *Un Auxilio Mensual por concepto de RECREACIÓN por valor de CIEN MIL PESOS (\$100.000.00=) M/CTE”.*

Igualmente, a folio 59 archivo No 05 de la contestación obra otro sí al contrato de trabajo, con efectos a partir del 01 de enero de 2016, suscrito entre las partes, en la que se dice textualmente:

"CUARTA.- REMUNERACIÓN: EL EMPLEADOR pagará a EL TRABAJADOR por la prestación de sus servicios, un salario básico mensual UN MILLON SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.750.000=) M/CTE, que se pagará mes vencido.

PARÁGRAFO PRIMERO. Adicionalmente EL EMPLEADOR pagará mensualmente a EL TRABAJADOR como factor monetario no constitutivo de salario, los siguientes Auxilios:

1. *Un Auxilio Mensual por concepto de ALIMENTACIÓN por valor de CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$450.000.00=) M/CTE.*
2. *Un Auxilio Mensual por concepto de RODAMIENTO Y TRANSPORTE por valor de CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$450.000.00=) M/CTE.*

En ese orden, debe precisar la Sala que existe orfandad probatoria de la parte activa de la Litis en sacar adelante tal pedimento, pues ninguna probanza adicional a la documental atrás referida emerge del plenario, que permita como lo menciona la Corte, hacer ese ejercicio hermenéutico para examinar su naturaleza y finalidad, esto es, establecer si remunera de manera directa la actividad que realiza el laborante.

Se debe recordar que no basta con que tal auxilio sea periódico o habitual, como en efecto ocurre en el sub examine, sino que se requiere auscultar en que consistió y los motivos o razones que llevaron a las partes a pactarlo de esa manera, circunstancias que bien pudo el apoderado judicial de la activa demostrar, entre otras, con la prueba testimonial practicada, pero nada de eso se desprende del dicho de Jean Pierre Torres Medina, quien fuera compañero de trabajo, por la sencilla razón de que nada se le preguntó al respecto; su dicho solo se centró en afirmar que la remuneración recibida que tenía las mismas condiciones en la que estaban todos los abogados, y que cuando él ingresó el señor Juan Manuel Vega le manifestó que su remuneración sería del 70% prestacional y el 30% no prestacional. Asimismo, frente a la pregunta de si esos auxilios los reconocían en periodos de vacaciones, indicó que no le consta, motivo por el que poco o nada se puede rescatar de sus manifestaciones para efecto de lo que aquí debía acreditar la actora, esto es, **demostrar su origen.**

Al contrario, para la Sala resulta conclusiva la confesión realizada por la propia demandante al absolver el interrogatorio de parte, quien al inquirírsele si los auxilios no prestacionales era recibidos por el “rendimiento en su puesto de trabajo”, manifestó que “no”, “siempre llegaba por igual”, lo que indica que tales conceptos no retribuían directamente la labor desempeñaba, o dicho de otro modo, no se generaban por la actividad desarrollada por la trabajadora **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09).**

Nótese que la postura defendida por la parte actora es que los conceptos recibidos constituyen salario en tanto fueron habituales y constantes, para lo cual, resulta

ilustrativo lo expuesto en sentencia SL5159-2018 en la que la Corte hace referencia a la "habitualidad" o "proporcionalidad" en los siguientes términos:

"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo".

De lo expuesto, fluye con total claridad que la **habitualidad en el pago de un emolumento solo es contingente y no definitorio**, y por ello, en el caso sub lite, encuentra la Sala que el solo hecho de ser habitual y corresponder a una suma fija no hace que los auxilios adquieran el carácter de salarial, máxime si en cuenta se tiene la confesión realizada por la actora, la cual deja entrever que no se generaron por la actividad desarrollada por la trabajadora, pues no de otra manera respondió que NO cuando se le preguntó si los auxilios estaban relacionados con el rendimiento en su laborío, siendo su único sustento el que eran habituales y constantes.

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia en lo que respecta a la incidencia salarial de los auxilios reclamados, sin que haya lugar a realizar alguna consideración respecto de la prescripción, ya que tal tema lo abordó el a quo en gracia de discusión, siendo que en esta instancia resulta vano explayarse en dicha figura, ya que en últimas el derecho principal reclamado o la pretensión principal reclamada no tiene vocación de prosperidad, y por ello, no se abre paso a las pretensiones condenatorias en las que necesariamente se analiza la mencionada excepción.

5. Costas. Costas a cargo de la demandante y a favor de la entidad demandada, por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera confirman.

DECISIÓN

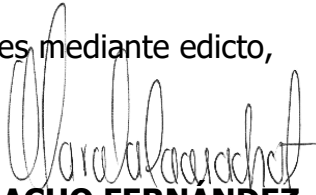
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio del 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia en favor de la parte demandada y a cargo de la demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

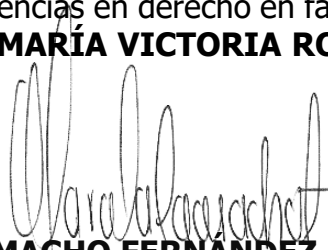


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **PRELEGAL ASSIST S.A.** y a cargo de la demandante **MARÍA VICTORIA RODRÍGUEZ RICO**, en la suma de \$200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *GUILLERMO BORDA LEIVA*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-023-2021-00444-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *RELIQUIDACIÓN PENSIONAL*

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor GUILLERMO BORDA LEIVA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL de toda la vida laboral, en consecuencia, se condene al pago de la mesada pensional a partir del 01 de octubre de 2019, el retroactivo, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante Resolución SUB3906 del 09 de enero de 2020 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 01 de octubre de 2019, en cuantía inicial de \$1.464.601, sin tener en cuenta el IBL de toda la vida laboral de conformidad con el artículo 21 de la ley 100 de 1993, ya que cuenta con 1.312 semanas; que el 24 de febrero de 2021 presentó solicitud de reliquidación de la pensión, pero le fue negada a través de Resolución SUB120764 del 24 de mayo de 2021. (Fols. 2 a 09, Archivo No 001 Exp. Digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 1 y 2 archivo No 07 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación: COLPENSIONES se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, mediante Resolución SUB3906 del 09 de enero de 2020 confirmada mediante Resolución SUB120764 del 24 de mayo de 2021, se procedió a reconocer la pensión de vejez al actor, en cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 797 de 2003, modificatoria de la ley 100 de 1993, liquidando el IBL conforme lo establece el artículo 21 de dicha normatividad, aplicando el IBL que le resulte más favorable entre el de toda la vida y los últimos diez años; que no hay lugar a los intereses ya que no ha incurrido en mora, además no es procedente los intereses en casos de reliquidaciones pensionales. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y de la obligación a la reliquidación de la pensión de vejez, improcedencia del reconocimiento y pago de

intereses moratorios e indexación, compensación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 17 Archivo No 6 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor Guillermo Borda Leiva, condenándolo en costas. (fl. 1 a 2 Archivo No 13 y audiencia archivo No 14 Exp. Digital).

Adujo que el actor cuenta con 1.316 semanas desde el 4 de septiembre de 1979 al 30 de septiembre de 2019, siendo procedente para su caso el IBL de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral. Verificó la Resolución SUB3906 de 2020, evidenciando que COLPENSIONES dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 al reconocer el IBL más favorable que corresponde al de toda la vida laboral, el cual arrojó la suma de \$2.284.157, al que le aplicó la tasa del 64.12 %, obteniendo una mesada pensional de \$1.464.601.

Informa que el despacho realizó una liquidación del IBL teniendo en cuenta el promedio de salarios devengados en toda la vida laboral, dando como resultado un IBL de \$2.284.442, al que se le aplicó la tasa del 64.12%, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, arrojando como mesada pensional el valor de \$1.464.675, el cual coincide con la establecida por COLPENSIONES, y si bien es cierto hay una diferencia de 74 pesos, son aproximaciones no son justificativas para hacer una modificación.

Que al hacer el cálculo del IBL de los 10 años, se tiene la suma de \$1.797.617, al que se le aplica una tasa de 64.41%, obteniendo como mesada pensional el valor de \$1.151.118, suma inferior a la reconocida por Colpensiones, con lo cual se concluye que no hay lugar a acoger las pretensiones esgrimidas por el actor.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la parte **actora**, quien solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que debe reliquidarse la pensión con toda la vida laboral tal como lo ordena el artículo 21 de la ley 100 de 1993, ya que al hacer la respectiva liquidación antes de iniciar el proceso se generan unas diferencias en la pensión de vejez por valor de \$189.228 para el año 2019; que no se toma por parte de COLPENSIONES ni por parte del juzgado los salarios realmente devengados en toda la vida laboral y que al acceder a la reliquidación deben concederse los intereses moratorios.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones. Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que la liquidación del IBL realizado por COLPENSIONES se encuentra ajustado a derecho.

6.2 Demandante. Solicita que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones, ya que en la liquidación del IBL se presenta una diferencia pensional de \$189.228 para el año 2019.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo

66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problemas jurídicos. Consisten en establecer: (i) ¿La asiste derecho al demandante a la reliquidación del IBL? En caso positivo (ii) ¿Le asiste derecho al retroactivo por reajuste en la mesada pensional?, y (iii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en caso positivo, desde que fecha?

1. Supuestos facticos no controvertidos. La Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 22 de mayo de 1954 (fol. 10 Archivo No 01); (ii) Que solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez el 23 de octubre de 2019, la cual le fue concedida a través de resolución SUB3906 del 09 de enero de 2020, reconocimiento pensional se efectuó bajo los parámetros del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Fols. 14 a 19 Archivo No 01), en cuantía inicial de \$ 1.464.601, a partir del 01 de octubre de 2019; (iii) Que el 24 de febrero de 2021 elevó una solicitud de reliquidación, y fue desatada mediante resolución SUB120764 del 24 de mayo de 2021, negándole la reliquidación de la mesada pensional (Fol. 22 a 29 Archivo No 01).

2. Problema jurídico. El punto neural del debate se centra en determinar: ¿Le asiste derecho al actor a que le sea reliquidada la pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL de toda la vida laboral?

3. Pensión de Vejez – IBL. El actor insiste en que el IBL que da lugar a la primera mesada pensional a partir del 01 de octubre de 2019, debe ser superior al reconocido por COLPENSIONES y por el A quo, en tanto, los mismos no tomaron los salarios realmente devengados en toda la vida laboral.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el sistema contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable.

Así las cosas, en vista que el demandante desde el libelo genitor suplica que le sea aplicado el IBL de toda la vida laboral y precisamente ese fue el que el a quo encontró que le era favorable, la Sala solo procederá a realizar dicho cálculo con base en los salarios reportados en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Fols. 422 a 427 y 493 a 500 Archivo No 06), según anexo que se glosa a la sentencia haciendo parte integral de la misma, obteniéndose la suma de **\$2.282.491,74**, suma inferior a la que determinó el juzgador primigenio, que lo fue de **\$2.284.242** y a la vez también inferior al que encontró COLPENSIONES en la resolución SUB3906 del 09 de enero de 2020 por valor de **\$2.284.157**.

Acota la Sala que la liquidación se realiza teniendo en cuenta como IPC inicial el del año inmediatamente anterior a la cotización y como IPC final el del año inmediatamente anterior a la causación de la prestación, como lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, entre otras providencias la SL5509-2016, y SL5010-2016, en los siguientes términos:

"tomando como IPC final el acumulado a diciembre de la anualidad inmediatamente anterior a la fecha de causación de la pensión que corresponde para la demandante al acumulado del 2001 (66.73), y como IPC inicial el acumulado a diciembre del año

inmediatamente anterior a la fecha en que se devengó o generó el salario base de cotización, operación que se ajusta a la disposición legal estudiada y a la doctrina de esta Corporación”.

Ahora, en lo que respecta a la liquidación realizada por el Juzgado de origen, debe decirse que la diferencia que se presenta con la liquidación realizada por esta Colegiatura es ínfima, pero está circunscrita a que al juzgado le arroja un total de 1.321 semanas, cuando en realidad el actor cuenta a 1.316 semanas, según su historia laboral; sin embargo, se insiste es una mínima diferencia que no da lugar a realizar modificación alguna en la mesada pensional.

Finalmente, en cuanto tiene que ver con los salarios tomados para el cálculo del IBL, se itera, corresponden a los registrados en la historia laboral actualizada del afiliado, pues, aunque en la alzada se aduce que la entidad pensional y juzgador primigenio no tomaron los reales, existiendo una diferencia de \$189.228, el recurrente no concreta en que ciclo evidencia el error ni hace referencia al soporte probatorio de su afirmación.

De suerte que, una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso, constata la Corporación que el monto correspondiente a la mesada pensional con el IBL de \$2.282.491,74, al aplicársele el 64.12 % de tasa de reemplazo arroja una mesada inicial de **\$1.463.305** para el año 2020, suma inferior a la que tuvo en cuenta el a quo y al que tuvo en cuenta COLPENSIONES en la resolución SUB3906 del 09 de enero de 2020 (Fols. 14 a 19 Archivo No 001), que lo fue de **\$1.464.601**, lo que da lugar a prohiar que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

4. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo del demandante y a favor de COLPENSIONES, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia, se confirman.

DECISIÓN

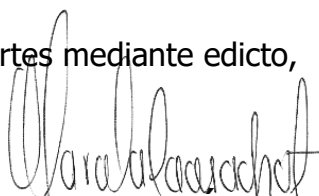
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de junio del 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de COLPENSIONES y a cargo del demandante. Las de primera, se confirman.

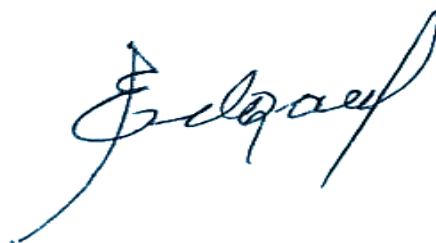
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

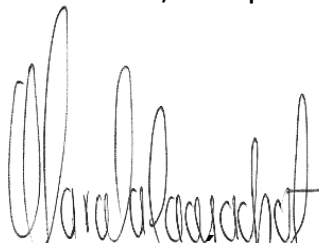


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de COLPENSIONES y a cargo GUILLERMO BORDA LEIVA, el equivalente a un 1/5 del SMMLV, esto es, la suma de \$ 200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

CALCULO IBL TODA LA VIDA LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DÍAS	9215
F. FINAL	31-dic-22		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DÍAS	SALARIO INDEXADO	PROMED IO	AÑO FINAL	ÍNDICE IPC FINAL	AÑO INICI AL	ÍNDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2018	100,00	1966	0,09
1-sep-79	30-sep-79	\$ 9.480	27	\$ 1.695.167	\$ 4.967	2018	100,00	1978	0,56
1-oct-79	31-oct-79	\$ 9.480	31	\$ 1.695.167	\$ 5.703	2018	100,00	1978	0,56
1-nov-79	30-nov-79	\$ 9.480	30	\$ 1.695.167	\$ 5.519	2018	100,00	1978	0,56
1-dic-79	31-dic-79	\$ 9.480	31	\$ 1.695.167	\$ 5.703	2018	100,00	1978	0,56
1-ene-80	31-ene-80	\$ 9.480	31	\$ 1.316.164	\$ 4.428	2018	100,00	1979	0,72
1-feb-80	29-feb-80	\$ 9.480	29	\$ 1.316.164	\$ 4.142	2018	100,00	1979	0,72
1-mar-80	31-mar-80	\$ 9.480	31	\$ 1.316.164	\$ 4.428	2018	100,00	1979	0,72
1-abr-80	30-abr-80	\$ 9.480	30	\$ 1.316.164	\$ 4.285	2018	100,00	1979	0,72
1-may-80	31-may-80	\$ 9.480	31	\$ 1.316.164	\$ 4.428	2018	100,00	1979	0,72
1-jun-80	30-jun-80	\$ 9.480	30	\$ 1.316.164	\$ 4.285	2018	100,00	1979	0,72
1-jul-80	31-jul-80	\$ 9.480	31	\$ 1.316.164	\$ 4.428	2018	100,00	1979	0,72
1-ago-80	31-ago-80	\$ 11.850	31	\$ 1.645.205	\$ 5.535	2018	100,00	1979	0,72
1-sep-80	30-sep-80	\$ 11.850	30	\$ 1.645.205	\$ 5.356	2018	100,00	1979	0,72
1-oct-80	31-oct-80	\$ 11.850	31	\$ 1.645.205	\$ 5.535	2018	100,00	1979	0,72
1-nov-80	30-nov-80	\$ 11.850	30	\$ 1.645.205	\$ 5.356	2018	100,00	1979	0,72
1-dic-80	31-dic-80	\$ 11.850	31	\$ 1.645.205	\$ 5.535	2018	100,00	1979	0,72
1-ene-81	31-ene-81	\$ 11.850	31	\$ 1.307.566	\$ 4.399	2018	100,00	1980	0,91
1-feb-81	28-feb-81	\$ 11.850	28	\$ 1.307.566	\$ 3.973	2018	100,00	1980	0,91
1-mar-81	31-mar-81	\$ 11.850	31	\$ 1.307.566	\$ 4.399	2018	100,00	1980	0,91
1-abr-81	30-abr-81	\$ 11.850	30	\$ 1.307.566	\$ 4.257	2018	100,00	1980	0,91
1-may-81	31-may-81	\$ 11.850	31	\$ 1.307.566	\$ 4.399	2018	100,00	1980	0,91
1-jun-81	30-jun-81	\$ 14.610	30	\$ 1.612.113	\$ 5.248	2018	100,00	1980	0,91
1-jul-81	31-jul-81	\$ 14.610	31	\$ 1.612.113	\$ 5.423	2018	100,00	1980	0,91

1-ago-81	31-ago-81	\$ 14.610	1	\$ 1.612.113	\$ 175	2018	100,00	1980	0,91
1-sep-81	30-sep-81					2018	100,00	1980	0,91
1-oct-81	31-oct-81	\$ 11.850	24	\$ 1.307.566	\$ 3.405	2018	100,00	1980	0,91
1-nov-81	30-nov-81	\$ 11.850	30	\$ 1.307.566	\$ 4.257	2018	100,00	1980	0,91
1-dic-81	31-dic-81	\$ 11.850	31	\$ 1.307.566	\$ 4.399	2018	100,00	1980	0,91
1-ene-82	31-ene-82	\$ 11.850	31	\$ 1.035.243	\$ 3.483	2018	100,00	1981	1,14
1-feb-82	28-feb-82	\$ 14.610	28	\$ 1.276.363	\$ 3.878	2018	100,00	1981	1,14
1-mar-82	31-mar-82	\$ 14.610	31	\$ 1.276.363	\$ 4.294	2018	100,00	1981	1,14
1-abr-82	30-abr-82	\$ 14.610	30	\$ 1.276.363	\$ 4.155	2018	100,00	1981	1,14
1-may-82	31-may-82	\$ 14.610	31	\$ 1.276.363	\$ 4.294	2018	100,00	1981	1,14
1-jun-82	30-jun-82	\$ 14.610	30	\$ 1.276.363	\$ 4.155	2018	100,00	1981	1,14
1-jul-82	31-jul-82	\$ 14.610	31	\$ 1.276.363	\$ 4.294	2018	100,00	1981	1,14
1-ago-82	31-ago-82	\$ 17.550	31	\$ 1.533.208	\$ 5.158	2018	100,00	1981	1,14
1-sep-82	30-sep-82	\$ 20.220	30	\$ 1.766.465	\$ 5.751	2018	100,00	1981	1,14
1-oct-82	31-oct-82	\$ 20.220	31	\$ 1.766.465	\$ 5.943	2018	100,00	1981	1,14
1-nov-82	30-nov-82	\$ 20.220	30	\$ 1.766.465	\$ 5.751	2018	100,00	1981	1,14
1-dic-82	31-dic-82	\$ 14.610	31	\$ 1.276.363	\$ 4.294	2018	100,00	1981	1,14
1-ene-83	31-ene-83	\$ 14.610	31	\$ 1.029.262	\$ 3.463	2018	100,00	1982	1,42
1-feb-83	28-feb-83	\$ 14.610	28	\$ 1.029.262	\$ 3.127	2018	100,00	1982	1,42
1-mar-83	31-mar-83	\$ 14.610	31	\$ 1.029.262	\$ 3.463	2018	100,00	1982	1,42
1-abr-83	30-abr-83	\$ 14.610	30	\$ 1.029.262	\$ 3.351	2018	100,00	1982	1,42
1-may-83	31-may-83	\$ 14.610	31	\$ 1.029.262	\$ 3.463	2018	100,00	1982	1,42
1-jun-83	30-jun-83	\$ 14.610	30	\$ 1.029.262	\$ 3.351	2018	100,00	1982	1,42
1-jul-83	31-jul-83	\$ 14.610	1	\$ 1.029.262	\$ 112	2018	100,00	1982	1,42
1-ago-83	31-ago-83	\$ 30.150	31	\$ 2.124.043	\$ 7.145	2018	100,00	1982	1,42
1-sep-83	30-sep-83	\$ 30.150	30	\$ 2.124.043	\$ 6.915	2018	100,00	1982	1,42
1-oct-83	31-oct-83	\$ 30.150	31	\$ 2.124.043	\$ 7.145	2018	100,00	1982	1,42
1-nov-83	30-nov-83	\$ 30.150	30	\$ 2.124.043	\$ 6.915	2018	100,00	1982	1,42
1-dic-83	31-dic-83	\$ 30.150	31	\$ 2.124.043	\$ 7.145	2018	100,00	1982	1,42
1-ene-84	31-ene-84	\$ 30.150	31	\$ 1.821.321	\$ 6.127	2018	100,00	1983	1,66
1-feb-84	29-feb-84	\$ 30.150	29	\$ 1.821.321	\$ 5.732	2018	100,00	1983	1,66
1-mar-84	31-mar-84	\$ 39.310	31	\$ 2.374.664	\$ 7.989	2018	100,00	1983	1,66

1-abr-84	30-abr-84	\$ 39.310	30	\$ 2.374.664	\$ 7.731	2018	100,00	1983	1,66
1-may-84	31-may-84	\$ 39.310	31	\$ 2.374.664	\$ 7.989	2018	100,00	1983	1,66
1-jun-84	30-jun-84	\$ 39.310	30	\$ 2.374.664	\$ 7.731	2018	100,00	1983	1,66
1-jul-84	31-jul-84	\$ 39.310	31	\$ 2.374.664	\$ 7.989	2018	100,00	1983	1,66
1-ago-84	31-ago-84	\$ 39.310	31	\$ 2.374.664	\$ 7.989	2018	100,00	1983	1,66
1-sep-84	30-sep-84	\$ 39.310	30	\$ 2.374.664	\$ 7.731	2018	100,00	1983	1,66
1-oct-84	31-oct-84	\$ 39.310	31	\$ 2.374.664	\$ 7.989	2018	100,00	1983	1,66
1-nov-84	30-nov-84	\$ 39.310	30	\$ 2.374.664	\$ 7.731	2018	100,00	1983	1,66
1-dic-84	31-dic-84	\$ 39.310	31	\$ 2.374.664	\$ 7.989	2018	100,00	1983	1,66
1-ene-85	31-ene-85	\$ 39.310	31	\$ 2.007.127	\$ 6.752	2018	100,00	1984	1,96
1-feb-85	28-feb-85	\$ 39.310	28	\$ 2.007.127	\$ 6.099	2018	100,00	1984	1,96
1-mar-85	31-mar-85	\$ 41.040	31	\$ 2.095.459	\$ 7.049	2018	100,00	1984	1,96
1-abr-85	30-abr-85	\$ 41.040	30	\$ 2.095.459	\$ 6.822	2018	100,00	1984	1,96
1-may-85	31-may-85	\$ 41.040	31	\$ 2.095.459	\$ 7.049	2018	100,00	1984	1,96
1-jun-85	30-jun-85	\$ 41.040	30	\$ 2.095.459	\$ 6.822	2018	100,00	1984	1,96
1-jul-85	31-jul-85	\$ 41.040	31	\$ 2.095.459	\$ 7.049	2018	100,00	1984	1,96
1-ago-85	31-ago-85	\$ 41.040	31	\$ 2.095.459	\$ 7.049	2018	100,00	1984	1,96
1-sep-85	30-sep-85	\$ 41.040	30	\$ 2.095.459	\$ 6.822	2018	100,00	1984	1,96
1-oct-85	31-oct-85	\$ 41.040	31	\$ 2.095.459	\$ 7.049	2018	100,00	1984	1,96
1-nov-85	30-nov-85	\$ 41.040	30	\$ 2.095.459	\$ 6.822	2018	100,00	1984	1,96
1-dic-85	31-dic-85	\$ 41.040	31	\$ 2.095.459	\$ 7.049	2018	100,00	1984	1,96
1-ene-86	31-ene-86	\$ 41.040	31	\$ 1.711.227	\$ 5.757	2018	100,00	1985	2,40
1-feb-86	28-feb-86	\$ 41.040	28	\$ 1.711.227	\$ 5.200	2018	100,00	1985	2,40
1-mar-86	31-mar-86	\$ 41.040	31	\$ 1.711.227	\$ 5.757	2018	100,00	1985	2,40
1-abr-86	30-abr-86	\$ 41.040	30	\$ 1.711.227	\$ 5.571	2018	100,00	1985	2,40
1-may-86	31-may-86	\$ 41.040	31	\$ 1.711.227	\$ 5.757	2018	100,00	1985	2,40
1-jun-86	30-jun-86	\$ 41.040	30	\$ 1.711.227	\$ 5.571	2018	100,00	1985	2,40
1-jul-86	31-jul-86	\$ 41.040	31	\$ 1.711.227	\$ 5.757	2018	100,00	1985	2,40
1-ago-86	31-ago-86	\$ 41.040	31	\$ 1.711.227	\$ 5.757	2018	100,00	1985	2,40
1-sep-86	30-sep-86	\$ 41.040	30	\$ 1.711.227	\$ 5.571	2018	100,00	1985	2,40
1-oct-86	31-oct-86	\$ 41.040	31	\$ 1.711.227	\$ 5.757	2018	100,00	1985	2,40
1-nov-86	30-nov-86	\$ 41.040	30	\$ 1.711.227	\$ 5.571	2018	100,00	1985	2,40

1-dic-86	31-dic-86	\$ 54.630	31	\$ 2.277.883	\$ 7.663	2018	100,00	1985	2,40
1-ene-87	31-ene-87	\$ 54.630	31	\$ 1.883.088	\$ 6.335	2018	100,00	1986	2,90
1-feb-87	28-feb-87	\$ 54.630	28	\$ 1.883.088	\$ 5.722	2018	100,00	1986	2,90
1-mar-87	31-mar-87	\$ 54.630	31	\$ 1.883.088	\$ 6.335	2018	100,00	1986	2,90
1-abr-87	30-abr-87	\$ 54.630	30	\$ 1.883.088	\$ 6.131	2018	100,00	1986	2,90
1-may-87	31-may-87	\$ 54.630	31	\$ 1.883.088	\$ 6.335	2018	100,00	1986	2,90
1-jun-87	30-jun-87	\$ 54.630	30	\$ 1.883.088	\$ 6.131	2018	100,00	1986	2,90
1-jul-87	31-jul-87	\$ 70.260	31	\$ 2.421.852	\$ 8.147	2018	100,00	1986	2,90
1-ago-87	31-ago-87	\$ 70.260	31	\$ 2.421.852	\$ 8.147	2018	100,00	1986	2,90
1-sep-87	30-sep-87	\$ 70.260	30	\$ 2.421.852	\$ 7.884	2018	100,00	1986	2,90
1-oct-87	31-oct-87	\$ 70.260	31	\$ 2.421.852	\$ 8.147	2018	100,00	1986	2,90
1-nov-87	30-nov-87	\$ 70.260	30	\$ 2.421.852	\$ 7.884	2018	100,00	1986	2,90
1-dic-87	31-dic-87	\$ 70.260	31	\$ 2.421.852	\$ 8.147	2018	100,00	1986	2,90
1-ene-88	31-ene-88	\$ 70.260	31	\$ 1.952.886	\$ 6.570	2018	100,00	1987	3,60
1-feb-88	29-feb-88	\$ 70.260	29	\$ 1.952.886	\$ 6.146	2018	100,00	1987	3,60
1-mar-88	31-mar-88	\$ 70.260	31	\$ 1.952.886	\$ 6.570	2018	100,00	1987	3,60
1-abr-88	30-abr-88	\$ 70.260	30	\$ 1.952.886	\$ 6.358	2018	100,00	1987	3,60
1-may-88	31-may-88	\$ 70.260	31	\$ 1.952.886	\$ 6.570	2018	100,00	1987	3,60
1-jun-88	30-jun-88	\$ 70.260	30	\$ 1.952.886	\$ 6.358	2018	100,00	1987	3,60
1-jul-88	31-jul-88	\$ 70.260	31	\$ 1.952.886	\$ 6.570	2018	100,00	1987	3,60
1-ago-88	31-ago-88	\$ 70.260	31	\$ 1.952.886	\$ 6.570	2018	100,00	1987	3,60
1-sep-88	30-sep-88	\$ 70.260	30	\$ 1.952.886	\$ 6.358	2018	100,00	1987	3,60
1-oct-88	31-oct-88	\$ 70.260	31	\$ 1.952.886	\$ 6.570	2018	100,00	1987	3,60
1-nov-88	30-nov-88	\$ 70.260	30	\$ 1.952.886	\$ 6.358	2018	100,00	1987	3,60
1-dic-88	31-dic-88	\$ 70.260	31	\$ 1.952.886	\$ 6.570	2018	100,00	1987	3,60
1-ene-89	31-ene-89	\$ 70.260	31	\$ 1.524.274	\$ 5.128	2018	100,00	1988	4,61
1-feb-89	28-feb-89	\$ 70.260	28	\$ 1.524.274	\$ 4.632	2018	100,00	1988	4,61
1-mar-89	31-mar-89	\$ 70.260	31	\$ 1.524.274	\$ 5.128	2018	100,00	1988	4,61
1-abr-89	30-abr-89	\$ 70.260	30	\$ 1.524.274	\$ 4.962	2018	100,00	1988	4,61
1-may-89	31-may-89	\$ 70.260	31	\$ 1.524.274	\$ 5.128	2018	100,00	1988	4,61
1-jun-89	30-jun-89	\$ 70.260	30	\$ 1.524.274	\$ 4.962	2018	100,00	1988	4,61
1-jul-89	31-jul-89	\$ 70.260	31	\$ 1.524.274	\$ 5.128	2018	100,00	1988	4,61

1-ago-89	31-ago-89	\$ 70.260	1	\$ 1.524.274	\$ 165	2018	100,00	1988	4,61
1-sep-89	30-sep-89	\$ 70.260	23	\$ 1.524.274	\$ 3.804	2018	100,00	1988	4,61
1-oct-89	31-oct-89	\$ 123.210	31	\$ 2.673.012	\$ 8.992	2018	100,00	1988	4,61
1-nov-89	30-nov-89	\$ 123.210	30	\$ 2.673.012	\$ 8.702	2018	100,00	1988	4,61
1-dic-89	31-dic-89	\$ 123.210	31	\$ 2.673.012	\$ 8.992	2018	100,00	1988	4,61
1-ene-90	31-ene-90	\$ 123.210	31	\$ 2.120.375	\$ 7.133	2018	100,00	1989	5,81
1-feb-90	28-feb-90	\$ 123.210	28	\$ 2.120.375	\$ 6.443	2018	100,00	1989	5,81
1-mar-90	31-mar-90	\$ 123.210	31	\$ 2.120.375	\$ 7.133	2018	100,00	1989	5,81
1-abr-90	30-abr-90	\$ 123.210	30	\$ 2.120.375	\$ 6.903	2018	100,00	1989	5,81
1-may-90	31-may-90	\$ 123.210	31	\$ 2.120.375	\$ 7.133	2018	100,00	1989	5,81
1-jun-90	30-jun-90	\$ 123.210	30	\$ 2.120.375	\$ 6.903	2018	100,00	1989	5,81
1-jul-90	31-jul-90	\$ 123.210	31	\$ 2.120.375	\$ 7.133	2018	100,00	1989	5,81
1-ago-90	31-ago-90	\$ 123.210	31	\$ 2.120.375	\$ 7.133	2018	100,00	1989	5,81
1-sep-90	30-sep-90	\$ 123.210	30	\$ 2.120.375	\$ 6.903	2018	100,00	1989	5,81
1-oct-90	31-oct-90	\$ 123.210	31	\$ 2.120.375	\$ 7.133	2018	100,00	1989	5,81
1-nov-90	30-nov-90	\$ 123.210	30	\$ 2.120.375	\$ 6.903	2018	100,00	1989	5,81
1-dic-90	31-dic-90	\$ 123.210	31	\$ 2.120.375	\$ 7.133	2018	100,00	1989	5,81
1-ene-91	31-ene-91	\$ 123.210	31	\$ 1.602.941	\$ 5.392	2018	100,00	1990	7,69
1-feb-91	28-feb-91	\$ 123.210	28	\$ 1.602.941	\$ 4.871	2018	100,00	1990	7,69
1-mar-91	31-mar-91	\$ 123.210	31	\$ 1.602.941	\$ 5.392	2018	100,00	1990	7,69
1-abr-91	30-abr-91	\$ 123.210	30	\$ 1.602.941	\$ 5.218	2018	100,00	1990	7,69
1-may-91	31-may-91	\$ 123.210	31	\$ 1.602.941	\$ 5.392	2018	100,00	1990	7,69
1-jun-91	30-jun-91	\$ 123.210	30	\$ 1.602.941	\$ 5.218	2018	100,00	1990	7,69
1-jul-91	31-jul-91	\$ 123.210	31	\$ 1.602.941	\$ 5.392	2018	100,00	1990	7,69
1-ago-91	31-ago-91	\$ 123.210	31	\$ 1.602.941	\$ 5.392	2018	100,00	1990	7,69
1-sep-91	30-sep-91	\$ 123.210	13	\$ 1.602.941	\$ 2.261	2018	100,00	1990	7,69
1-ago-97	31-ago-97	\$ 270.000	27	\$ 1.017.022	\$ 2.980	2018	100,00	1996	26,55
1-sep-97	30-sep-97	\$ 332.030	30	\$ 1.250.673	\$ 4.072	2018	100,00	1996	26,55
1-oct-97	31-oct-97	\$ 332.030	30	\$ 1.250.673	\$ 4.072	2018	100,00	1996	26,55
1-nov-97	30-nov-97	\$ 314.843	30	\$ 1.185.934	\$ 3.861	2018	100,00	1996	26,55
1-dic-97	31-dic-97	\$ 318.750	30	\$ 1.200.651	\$ 3.909	2018	100,00	1996	26,55
1-feb-03	28-feb-03	\$ 332.000	30	\$ 666.226	\$ 2.169	2018	100,00	2002	49,83

1-jul-04	31-jul-04	\$ 5.000.000	18	\$ 9.421.993	\$ 18.404	2018	100,00	2003	53,07
1-ago-04	31-ago-04	\$ 5.000.000	18	\$ 9.421.993	\$ 18.404	2018	100,00	2003	53,07
1-sep-04	30-sep-04					2018	100,00	2003	53,07
1-oct-04	31-oct-04	\$ 5.000.000	18	\$ 9.421.993	\$ 18.404	2018	100,00	2003	53,07
1-nov-04	30-nov-04	\$ 5.000.000	18	\$ 9.421.993	\$ 18.404	2018	100,00	2003	53,07
1-dic-04	31-dic-04	\$ 3.344.900	28	\$ 6.303.125	\$ 19.152	2018	100,00	2003	53,07
1-ene-05	31-ene-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-feb-05	28-feb-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-mar-05	31-mar-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-abr-05	30-abr-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-may-05	31-may-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-jun-05	30-jun-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-jul-05	31-jul-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-ago-05	31-ago-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-sep-05	30-sep-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-oct-05	31-oct-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-nov-05	30-nov-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-dic-05	31-dic-05	\$ 5.000.000	17	\$ 8.931.012	\$ 16.476	2018	100,00	2004	55,98
1-ene-06	31-ene-06	\$ 5.000.000	17	\$ 8.517.481	\$ 15.713	2018	100,00	2005	58,70
1-feb-06	28-feb-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-mar-06	31-mar-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-abr-06	30-abr-06	\$ 5.000.000	17	\$ 8.517.481	\$ 15.713	2018	100,00	2005	58,70
1-may-06	31-may-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-jun-06	30-jun-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-jul-06	31-jul-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-ago-06	31-ago-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-sep-06	30-sep-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-oct-06	31-oct-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-nov-06	30-nov-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-dic-06	31-dic-06	\$ 5.000.000	19	\$ 8.517.481	\$ 17.562	2018	100,00	2005	58,70
1-ene-07	31-ene-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-feb-07	28-feb-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33

1-mar-07	31-mar-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-abr-07	30-abr-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-may-07	31-may-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-jun-07	30-jun-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-jul-07	31-jul-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-ago-07	31-ago-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-sep-07	30-sep-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-oct-07	31-oct-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-nov-07	30-nov-07	\$ 500.000	30	\$ 815.242	\$ 2.654	2018	100,00	2006	61,33
1-dic-07	31-dic-07	\$ 5.000.000	19	\$ 8.152.421	\$ 16.809	2018	100,00	2006	61,33
1-ene-08	31-ene-08	\$ 5.000.000	18	\$ 7.713.228	\$ 15.067	2018	100,00	2007	64,82
1-feb-08	29-feb-08					2018	100,00	2007	64,82
1-mar-08	31-mar-08					2018	100,00	2007	64,82
1-abr-08	30-abr-08					2018	100,00	2007	64,82
1-may-08	31-may-08					2018	100,00	2007	64,82
1-jun-08	30-jun-08					2018	100,00	2007	64,82
1-jul-08	31-jul-08	\$ 461.500	30	\$ 711.931	\$ 2.318	2018	100,00	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	\$ 461.500	30	\$ 711.931	\$ 2.318	2018	100,00	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	\$ 461.500	30	\$ 711.931	\$ 2.318	2018	100,00	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	\$ 461.500	30	\$ 711.931	\$ 2.318	2018	100,00	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	\$ 461.500	30	\$ 711.931	\$ 2.318	2018	100,00	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	\$ 461.500	30	\$ 711.931	\$ 2.318	2018	100,00	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80

1-nov-09	30-nov-09					2018	100,00	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	\$ 497.000	30	\$ 712.047	\$ 2.318	2018	100,00	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	\$ 497.000	30	\$ 698.073	\$ 2.273	2018	100,00	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	\$ 520.000	30	\$ 730.378	\$ 2.378	2018	100,00	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	\$ 515.000	30	\$ 723.355	\$ 2.355	2018	100,00	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	\$ 600.000	29	\$ 816.840	\$ 2.571	2018	100,00	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	\$ 600.000	30	\$ 816.840	\$ 2.659	2018	100,00	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	\$ 600.000	30	\$ 816.840	\$ 2.659	2018	100,00	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	\$ 600.000	30	\$ 816.840	\$ 2.659	2018	100,00	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	\$ 536.000	30	\$ 729.710	\$ 2.376	2018	100,00	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	\$ 536.000	30	\$ 729.710	\$ 2.376	2018	100,00	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	\$ 1.160.000	30	\$ 1.579.224	\$ 5.141	2018	100,00	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	\$ 1.240.000	30	\$ 1.688.136	\$ 5.496	2018	100,00	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	\$ 2.400.000	30	\$ 3.267.360	\$ 10.637	2018	100,00	2010	73,45
1-oct-11	3-oct-11	\$ 1.847.000	3	\$ 2.514.506	\$ 819	2018	100,00	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	\$ 1.000.000	27	\$ 1.361.400	\$ 3.989	2018	100,00	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	\$ 4.874.000	30	\$ 6.635.463	\$ 21.602	2018	100,00	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	\$ 4.873.960	30	\$ 6.635.409	\$ 21.602	2018	100,00	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19

1-jun-12	30-jun-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	\$ 3.094.000	18	\$ 4.060.809	\$ 7.932	2018	100,00	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	\$ 4.985.000	29	\$ 6.542.707	\$ 20.590	2018	100,00	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	\$ 3.438.000	20	\$ 4.512.302	\$ 9.793	2018	100,00	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	\$ 1.719.000	10	\$ 2.256.151	\$ 2.448	2018	100,00	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	\$ 5.157.000	30	\$ 6.768.453	\$ 22.035	2018	100,00	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	\$ 3.576.000	20	\$ 4.581.840	\$ 9.944	2018	100,00	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	\$ 654.000	30	\$ 837.954	\$ 2.728	2018	100,00	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	\$ 654.000	30	\$ 837.954	\$ 2.728	2018	100,00	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	\$ 2.080.000	30	\$ 2.665.053	\$ 8.676	2018	100,00	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	\$ 2.080.000	30	\$ 2.665.053	\$ 8.676	2018	100,00	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	\$ 2.080.000	30	\$ 2.665.053	\$ 8.676	2018	100,00	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	\$ 2.080.000	30	\$ 2.665.053	\$ 8.676	2018	100,00	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	\$ 589.500	30	\$ 755.312	\$ 2.459	2018	100,00	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	\$ 589.500	30	\$ 755.312	\$ 2.459	2018	100,00	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	\$ 589.500	30	\$ 755.312	\$ 2.459	2018	100,00	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	\$ 1.000.000	30	\$ 1.281.275	\$ 4.171	2018	100,00	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	\$ 1.000.000	30	\$ 1.281.275	\$ 4.171	2018	100,00	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	\$ 589.500	30	\$ 740.953	\$ 2.412	2018	100,00	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	\$ 1.200.000	30	\$ 1.508.302	\$ 4.910	2018	100,00	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	\$ 1.800.000	30	\$ 2.262.453	\$ 7.366	2018	100,00	2013	79,56

1-ene-15	31-ene-15	\$ 1.800.000	30	\$ 2.182.620	\$ 7.106	2018	100,00	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	\$ 1.800.000	30	\$ 2.182.620	\$ 7.106	2018	100,00	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	\$ 780.000	30	\$ 945.802	\$ 3.079	2018	100,00	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	\$ 644.350	30	\$ 781.317	\$ 2.544	2018	100,00	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	\$ 644.350	30	\$ 781.317	\$ 2.544	2018	100,00	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	\$ 644.350	30	\$ 781.317	\$ 2.544	2018	100,00	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	\$ 1.200.000	30	\$ 1.455.080	\$ 4.737	2018	100,00	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	\$ 1.200.000	30	\$ 1.455.080	\$ 4.737	2018	100,00	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	\$ 644.350	30	\$ 781.317	\$ 2.544	2018	100,00	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	\$ 644.350	30	\$ 781.317	\$ 2.544	2018	100,00	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	\$ 2.080.000	30	\$ 2.522.139	\$ 8.211	2018	100,00	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	\$ 644.350	30	\$ 781.317	\$ 2.544	2018	100,00	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	\$ 644.350	30	\$ 731.782	\$ 2.382	2018	100,00	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-may-16	31-may-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-oct-16	31-oct-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	\$ 689.455	30	\$ 783.008	\$ 2.549	2018	100,00	2015	88,05
1-ene-17	31-ene-17	\$ 689.455	30	\$ 740.451	\$ 2.411	2018	100,00	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	\$ 738.000	30	\$ 792.587	\$ 2.580	2018	100,00	2016	93,11
1-mar-17	31-mar-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-jun-17	30-jun-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-jul-17	31-jul-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-ago-17	31-ago-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11

1-sep-17	30-sep-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-oct-17	31-oct-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-nov-17	30-nov-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-dic-17	31-dic-17	\$ 737.717	30	\$ 792.283	\$ 2.579	2018	100,00	2016	93,11
1-ene-18	31-ene-18	\$ 737.717	28	\$ 761.162	\$ 2.313	2018	100,00	2017	96,92
1-feb-18	28-feb-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-mar-18	31-mar-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-abr-18	30-abr-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-may-18	31-may-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-jun-18	30-jun-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-jul-18	31-jul-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-ago-18	31-ago-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-sep-18	30-sep-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-oct-18	31-oct-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-nov-18	30-nov-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-dic-18	31-dic-18	\$ 781.242	30	\$ 806.070	\$ 2.624	2018	100,00	2017	96,92
1-ene-19	31-ene-19	\$ 828.116	30	\$ 828.116	\$ 2.696	2018	100,00	2018	100,00
1-feb-19	28-feb-19	\$ 828.116	30	\$ 828.116	\$ 2.696	2018	100,00	2018	100,00
1-mar-19	31-mar-19	\$ 828.116	30	\$ 828.116	\$ 2.696	2018	100,00	2018	100,00
1-abr-19	30-abr-19	\$ 1.920.000	30	\$ 1.920.000	\$ 6.251	2018	100,00	2018	100,00
1-may-19	31-may-19	\$ 1.920.000	30	\$ 1.920.000	\$ 6.251	2018	100,00	2018	100,00
1-jun-19	30-jun-19	\$ 1.920.000	30	\$ 1.920.000	\$ 6.251	2018	100,00	2018	100,00
1-jul-19	31-jul-19	\$ 1.920.000	30	\$ 1.920.000	\$ 6.251	2018	100,00	2018	100,00
1-ago-19	31-ago-19	\$ 1.920.000	30	\$ 1.920.000	\$ 6.251	2018	100,00	2018	100,00
1-sep-19	30-sep-19	\$ 1.920.000	30	\$ 1.920.000	\$ 6.251	2018	100,00	2018	100,00

TOTAL	
DÍAS	9215
	1316,4
TOTAL SEMANAS	3

Ingreso Base de Liquidación -IBL-	\$ 2.282.491,74
Semanas Cotizadas	1.316,43
Tasa de reemplazo	64%
Valor pensión	\$ 1.463.305

TASA DE REEMPLAZO ARTÍCULO 10 DE LA LEY 797 DE 2003

$r = 65.50 - 0.50 s$
 r = porcentaje del ingreso de liquidación.
 s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Salario mínimo **2019** \$ 828.116
Salario mínimo dentro del IBL 2,756246398
Porcentaje IBL ($r=$) 64,12

Semanas mínimas requeridas		1.300
semanas adicionales a las mínimas requeridas		16,43
Grupo de 50 semanas adicionales a las mínimas		0
1,5 x Grupo de 50 semanas		0,00
Tasa de reemplazo		64,12



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA CECILIA TAUTA MARENTES
Demandado: ACTIVOS S.A. Y OTROS
Radicado No.: 32-2021-00327-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN PARTES.

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA CECILIA TAUTA MARENTES instauró demanda ordinaria contra ACTIVOS S.A., SERVIOLA S.A., y BANDEL S.A.S. con el propósito de que se declare que entre esta última y la demandante existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 30 de enero de 2014 al 12 de julio de 2019, el cual terminó sin justa causa; que se declare que las demandadas son solidariamente responsables; que se declare que la actora goza de estabilidad laboral reforzada por su condición de debilidad manifiesta; que se declare la ineficacia de la terminación del contrato y, en consecuencia, se condene al reintegro, al pago de los 180 días de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, al pago de los salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social, que se condene a la indemnización por despido sin justa causa, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como sustento de las anteriores pretensiones señaló en síntesis que ingresó a trabajar al servicio de ACTIVOS S.A. desde el 30 de enero de 2014, enviada como trabajadora en misión para la empresa BANDAS Y ELÁSTICOS BANDEL LTDA, hoy BANDEL S.A., bajo un contrato de obra o labor contratada para el desempeñar el cargo de Auxiliar de Mantenimiento; que cumplió un horario de lunes a jueves de 7:00 am a 4:00 pm, viernes de 7:00 am a 5:00 pm y sábados de 7:00 am a 12:00 md; que prestaba el servicio de manera personal en la planta de producción de BANDEL S.A.S.; que recibía una remuneración mensual de un SMLMV; que ACTIVOS S.A. terminó el contrato de trabajo en el mes de diciembre de 2014; que el 13 de enero de 2015 celebró contrato con SERVIOLA S.A.S., bajo las mismas condiciones que el celebrado con ACTIVOS S.A. en el año 2014 y al servicio de Bandel S.A.S.; que tal contrato fue terminado en el mes de diciembre de 2015; que el 11 de enero de 2016 celebró un nuevo contrato con ACTIVOS S.A. bajo las mismas condiciones del celebrado con SERVIOLA S.A.S., desempeñándose en la empresa usuaria BANDEL S.A.S., contrato que finalizó el 23 de diciembre de 2016; que el 10 de enero de 2017 nuevamente firma contrato con ACTIVOS S.A. y el mismo termina en el mes de diciembre; que el 22 de enero de 2018 firma contrato de trabajo con SERVIOLA S.A.S., y aquel fue terminado en diciembre de 2018; que el 30 de enero de 2019 celebró contrato con ACTIVOS S.A., para seguir prestando sus servicios a BANDEL SAS, mismo que finalizó el 12 de julio de 2019, sin justa causa.

Agrega que desde enero de 2014 hasta julio de 2019 siempre desempeñó el cargo de auxiliar de mantenimiento o servicios generales para la usuaria BANDEL S.A.S., entidad de la cual estuvo subordinada, ya que recibía ordenes e indicaciones directas de sus superiores inmediatos Henry Castiblanco y William Valencia, jefes de mantenimiento y de Ana Monroy quien se desempeñaba como Jefe de Recursos Humanos de la empresa usuaria; que el último salario devengado ascendía a \$905.997; que el 04 de agosto de 2015, sufrió un accidente laboral al ser atropellada por un motociclista al momento de cruzar la calle frente a la planta de producción, lo que le causó trauma en el tobillo izquierdo y fractura de peroné izquierdo; que ha tenido cuatro cirugías, última de las cuales fue practicada el 16 de abril de 2019, y le generó una incapacidad de 20 días por parte de la ARL COLPATRIA; que la incapacidad fue entregada a la jefe de recursos humanos de la empresa usuaria; que tuvo inconvenientes con el pago de las incapacidades, pero que finalmente AXA COLPATRIA se las reconoció; que el 11 de julio de 2019 la jefe de recursos humanos de BANDEL S.A.S. se enteró del pago de las incapacidades, por lo cual fue requerida para que hiciera devolución del dinero, pero que se negó a cumplir tal requerimiento; que el 12 de julio de 2019 la señora Ana Monroy le hizo entrega de la carta de terminación sin indicar la justa causa; que el 29 de mayo de 2019 la ARL COLPATRIA S.A. expidió el concepto médico de aptitud laboral, dándole de alta a la trabajadora e indicándole que debía radicarlo ante el empleador para proceder con la calificación; que la demandante entregó el concepto médico ante su jefe inmediata la señora Ana Monroy, quien le manifestó que le daría traslado de tal documento ante ACTIVOS S.A., pero según esta entidad, la empresa usuaria nunca remitió tal concepto; que al momento de finalizar el contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de debilidad manifiesta como consecuencia del accidente laboral; que a la terminación del contrato no se tramitó la autorización ante el Inspector del Trabajo. (Fols.

2 a 10 archivo No 01).

2. Contestación de demanda

2.1. BANDEL S.A.S. En respuesta al libelo incoatorio se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, aduciendo que entre la demandante y BANDEL S.A.S. jamás ha existido un contrato de trabajo, además que no existe fundamento fáctico ni jurídico para que sea responsable solidaria; que entre BANDEL S.A.S. y ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S., se suscribieron sendos contratos de prestación de servicios para el suministro de personal temporal, y en virtud de ello, tales entidades enviaron a la demandante como trabajadora en misión bajo un contrato de obra o labor contratada a las instalaciones de BANDEL S.A.; que las únicas y verdaderas empleadoras de la demandante fueron ACTIVOS S.A. y SERVIOLA S.A.S.. Formuló como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (Fols. 1 a 22 archivo No 08).

2.2. SERVIOLA S.A.S. Se opuso a las pretensiones del libelo introductor, aduciendo que sostuvo con la demandante dos contratos individuales de trabajo en misión autónomos e independientes entre sí, cuya vigencia va desde el 13 de enero de 2015 al 22 de diciembre de 2015 y del 22 de enero de 2018 al 6 de enero de 2019, para atender necesidades del servicio diferentes, siendo aquella la única y verdadera empleadora; que los contratos finalizaron a la terminación de la obra o labor para la que fue contratada en cada uno de los contratos; que a la terminación de los contratos no gozaba de fuero especial de protección de salud, ya que se encontraba realizando sus labores de manera normal, no se encontraba incapacitada, no poseía restricciones ocupacionales, ni se encontraba en proceso de calificación o tratamiento médico, por lo que no hay lugar al reintegro pretendido; que las cotizaciones al sistema de seguridad social se realizaron de manera oportuna y completa. Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de

las obligaciones reclamadas en juicio, prescripción, pago, compensación, y buena fe. (Fol. 1 a 32 archivo No 10).

2.3. ACTIVOS S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que sostuvo con la demandante cuatro contratos individuales de trabajo en misión autónomos e independientes entre sí, cuya vigencia va desde el 30 de enero de 2014 al 21 de diciembre de 2014, del 11 de enero de 2016 al 23 de diciembre de 2016, del 10 de enero de 2017 al 5 de enero de 2018 y del 30 de enero de 2019 al 12 de julio de 2019; que ACTIVOS S.A.S. en virtud de las disposiciones legales delegó la subordinación en BANDEL S.A.S. en su calidad de usuaria, únicamente en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, estando la usuaria facultada para dar instrucciones y ordenes de trabajo de acuerdo a las necesidades del servicio; que en los archivos no reposa reporte o notificación de cirugía, siendo en todo caso información relacionada con la historia clínica de la demandante que guarda reserva legal y que no es conocida por la demandada; que obra una incapacidad del 16 de abril de 2019 al 05 de mayo de 2019, esto es, más de dos meses antes de la terminación del contrato de trabajo; que a la terminación de los contratos no gozaba de fuero especial de protección de salud, ya que se encontraba realizando sus labores de manera normal, no se encontraba incapacitada, no poseía restricciones ocupacionales, ni se encontraba en proceso de calificación o tratamiento médico, por lo que no hay lugar al reintegro pretendido; que las cotizaciones al sistema de seguridad social se realizaron de manera oportuna y completa. Formuló como excepciones de fondo las de inaplicabilidad del artículo 26 de la ley 361 de 1997, inexistencia de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, inexistencia de las obligaciones reclamadas en juicio, prescripción, pago, compensación, y buena fe. (Fols. 1 a 46 archivo No 11).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de julio de 2022, en la que se declaró probadas las excepciones de inaplicabilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e inexistencia de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud y no probadas las demás excepciones formuladas; declaró que entre la demandante María Cecilia Tauta Marentes y la demandada Bandas y Elásticos Bandel S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 30 de enero de 2014 y el 12 de julio de 2019; condenó a BANDEL S.A.S. y solidariamente a las demandadas ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S. a pagar a la demandante María Cecilia Tauta Marentes la suma de \$3.595.600, por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa; condenó a las demandadas a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por los periodos comprendidos entre el 20 de diciembre de 2014 y el 12 de enero de 2015, entre el 23 de diciembre de 2015 y el 10 de enero de 2016, entre el 24 de diciembre de 2016 y el 9 de enero de 2017, entre el 6 de enero y el 21 de enero de 2018 y entre el 7 de enero y el 29 de enero de 2019, aportes que se deben realizar teniendo en cuenta como salario el equivalente al SMLMV de la respectiva anualidad; absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas a las demandadas.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, tuvo como problema jurídico dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, sin solución de continuidad vigente entre el 30 de enero 2014 al 12 de julio de 2019. Con tal propósito y luego de referirse a lo dispuesto en la ley 50 de 1990, artículos 71 y siguientes, y lo establecido en el Decreto 4369 de 2006, así como al caudal probatorio, sostuvo que la demandante laboró BANDEL S.A.S., a través de las empresas de servicios temporales ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S., destacando que ninguna de las demandadas negó la relación indicada entre ellas, aportando copia de dos contratos comerciales de prestación de servicios temporales.

De esta manera, luego de hacer referencia a los contratos en misión suscritos por la actora, refirió que cuatro de los seis contratos tienen como objeto el incremento de la producción acrílico y los otros dos tiene como objeto el incremento de la producción; sin embargo, de conformidad con el dicho de la testigo Ana Monroy la demandante siempre prestó su fuerza de trabajo en actividades de servicios generales, aseo general, sirviendo onces en la cafetería y refrigerios a los trabajadores del área de producción, y realizando actividades de mensajería, por lo que, la labor de la demandante no es una labor ocasional o transitoria y tampoco está relacionada con los incrementos de la producción como lo sostienen las demandadas, además que no se allega ninguna prueba que acredite esos incrementos de producción que se mencionan en los contratos, por el contrario, dedujo que se observa una labor continuada por parte de la demandante en una misma labor como lo era los servicios generales, y por ende, lo que realmente se presentó fue una vulneración de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 y se utilizó la contratación a través de empresas de servicios temporales para labores propias de BANDEL S.A.S., razón por la que, procedió a declarar la existencia de un único contrato de trabajo entre la actora y la demandada BANDEL S.A.S., cuyos extremos van desde el 30 de enero de 2014 hasta el 12 de julio de 2019. En cuanto a la modalidad del contrato, estableció que lo era a término indefinido y que terminó sin justa causa por parte del empleador.

En lo referente al reintegro por estabilidad ocupacional reforzada concluyó que la actora no tenía ningún tipo de restricción laboral al momento en que se le dio por terminado su contrato de trabajo, e igualmente, no tenía ninguna incapacidad pues la última fue hasta el mes de mayo y el contrato se terminó en julio 2019; asimismo, obra prueba documental que da cuenta de que fue dada de alta sin ningún tipo de restricción médica, y si bien tuvo un accidente laboral no hay prueba de que ese accidente le haya dejado unas secuelas o que le haya generado alguna restricción laboral para colocarla en la estabilidad de que trata la ley 361 a 1997, y por ende, negó el reintegro pretendido y sus pretensiones consecuenciales.

Ahora, como pretendió la indemnización por despido sin justa causa, determinó que de conformidad con el artículo 64 del CST, le corresponde al demandante la suma de \$3.565.600, por el tiempo laborado de 5 años, 5 meses y 13 días, en la que se tuvo en cuenta como base un salario de \$905.997.

Igualmente, condenó a los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, por los periodos que corresponden entre el 20 de diciembre de 2014 y el 12 de enero de 2015, entre el 23 de diciembre de 2015 y el 10 de enero de 2016, entre el 24 de diciembre de 2016 y el 9 de enero de 2017, entre el 6 de enero y el 21 de enero de 2018 y entre el 7 de enero y el 29 de enero de 2019, aportes que se deben realizar teniendo en cuenta como salario el equivalente al SMLMV de la respectiva anualidad.

Precisó que de conformidad con la ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales no pueden ejercer actividades de intermediación, y por ello, según lo contemplado en los artículos 34, 35 y 36 del CST, se considera que ACTIVOS S.A.S. como SERVIOLA S.A.S. deben ser condenadas solidariamente responsables frente al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo y el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones. (Archivo No 16 y 17 Exp. Digital).

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. BANDEL SAS. En su alzada adujo que se acreditó entre la demandante y ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S. la existencia de contratos de trabajo autónomos e independientes en la modalidad de duración de obra o labor determinada, mismos que obedecieron al requerimiento que en su momento formuló la sociedad BANDEL S.A.S. en

virtud del incremento en la producción o en el aumento o pico alto de producción que tenía tal entidad; que el aumento de producción fue lo que originó la vinculación de empleados adicionales a los propios que tenía en su planta de personal, y tal circunstancia fue corroborada con la declaración rendida por Ana Monroy; que los contratos de trabajo finalizaron por la terminación de la obra o labor que desempeñaba la demandante y específicamente cuando se reducía ese pico o aumento de producción en BANDEL S.A.S.; que las empresas de servicios temporales reconocieron a la demandante la totalidad de acreencias laborales durante la vigencia de cada contrato y prueba de ello son las liquidaciones y comprobantes de pago que reposan dentro del expediente; que la demandante no fue vinculada para desarrollar una actividad permanente o propia del objeto social de Bandel S.A.S., sino que su contratación obedeció a el incremento que se producía durante ciertas épocas del año en la producción; que respecto a la condena al pago de las cotizaciones a la seguridad social en pensión durante el lapso comprendido entre un contrato y otro, aquello no fue establecido en la fijación del litigio, por lo que no debía haberse pronunciado el despacho respecto a ello, menos haber proferido condena por ese concepto, que al haberse cumplido las exigencias de la ley 50 en 1990 y el Decreto 4369 del 2006 para la vinculación de trabajadores en misión, debe revocarse las condenas proferidas por el juzgado de primera instancia y en su lugar absolver a la demandada.

5.2. ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S. Formularon recurso de apelación indicando que quedó demostrado dentro del juicio que las demandadas son empresas de servicios temporales debidamente constituidas y que en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios de suministro de personal remitieron a la demandante para suplir y cumplir las necesidades específicas en el servicio de la usuaria; que con las declaraciones quedó explicito que la función que desempeñaba la demandante tenía incidencia en el aumento de los picos de producción que implicaban la contratación de mayor personal; que las empresas de servicios temporales pagaron las prestaciones sociales y la seguridad social de la demandante; que la demandante estuvo vinculada únicamente por el tiempo estrictamente necesario y así fue comunicado por parte de la usuaria de acuerdo a la necesidad del servicio; que no hay lugar a la solidaridad, ya que se desconoce que las empresas de servicios temporales están legalmente constituidas y enviaron a la actora como trabajadora en misión en virtud del contrato de prestación de servicios con la usuaria para suplir las necesidades de la misma, además que ninguno de los tiempos de duración de los contratos de trabajo superaron el límite establecido por la ley 50 de 1990, por lo que además no hay lugar a declarar un único contrato de trabajo; que la vinculación de la actora se hizo bajo contratos con duración de la obra o labor, autónomos e independientes entre sí y el último de los contratos finalizó precisamente a la terminación de la obra o labor, tal como fue informado por parte de la empresa usuaria, y por ende, no hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa y mucho menos la solidaridad; que en relación a la condena por aportes al sistema de seguridad social en pensiones, debe hacerse énfasis en que esta pretensión no fue objeto de litigio y bajo las reglas procedimentales y el principio de congruencia no era factible que se proferiera condena en tal sentido; que al no haber dispuesto tal pretensión en la fijación del litigio, la misma quedó excluida. En síntesis, solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de las suplicas de la demanda.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Bandel S.A.S.: Solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas las pretensiones, dado que la labor realizada por la demandante fue para incrementos de la producción como trabajadora en misión, y que en lo referente a las cotizaciones en pensión no quedó incluido en la fijación del litigio.

6.2 Serviola S.A.S. y ACTIVOS S.A.S.: Solicitan que se absuelva a las demandadas de las pretensiones, en la medida en que la relación laboral fue a través de contratos de obra o labor, los cuales terminaron por la duración de la misma, igualmente, que no hay lugar a las cotizaciones en pensión por no estar incluidas en la fijación del litigio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre la actora y BANDEL S.A.S., fungiendo las empresas de servicio temporal como simples intermediarias?
- (ii) Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?
- (iii) De hallarse positiva la respuesta al primer interrogante, se entrará a determinar ¿Es procedente la indemnización por despido sin justa causa y los aportes al sistema de seguridad social en pensiones?
- (iv) ¿Las empresas de servicios temporales ACTIVOS S.A.S y SERVIOLA S.A.S. son solidariamente responsables?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar, en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la demandante, quien aduce le prestó sus servicios como trabajadora en misión enviada por varias empresas de servicios temporales, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que 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"*.

En ese sentido, su 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; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de ésta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y 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 (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

“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 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.”

Conforme a lo dicho y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda y de contera en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que laató con la aquí actora, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajadora en misión enviada por empresas de servicios temporales, ello en atención que la promotora del litigio en el interregno que estuvo vinculada como trabajadora en misión, ejecutó actividades en favor de BANDEL S.A.S. que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo esta Sala en forma integral las intelecciones a las que llegó el sentenciador de primer grado, cuando declaró probado el nexo laboral con el encartado.

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que la señora María Cecilia Tauta Marentes, prestó sus servicios a favor de Bandas y Elásticos Bandel S.A.S. por un lapso superior a 6 años, para ejercer el cargo de auxiliar de servicios generales, pues, así se logra desprender de los contratos de trabajo y certificaciones laborales adosadas al plenario, que dan cuenta de lo siguiente:

EST	CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO	Folio
ACTIVOS S.A.S.	OBRA O LABOR	30/01/2014 AL 21/12/2014	AUXILIAR DE MANTENIMIENTO	Archivo No. 1, fols. 42 y 87 archivo No 11.
SERVIOLA S.A.S.	OBRA O LABOR	13/01/2015 AL 22/12/2015	AUXILIAR DE MANTENIMIENTO	Archivo No. 10, fols. 61 y 63
ACTIVOS S.A.S.	OBRA O LABOR	11/01/2016 AL 23/12/2016	AUXILIAR DE MANTENIMIENTO	Archivo No. 11, fols. 112 y 114.
ACTIVOS S.A.S.	OBRA O LABOR	10/01/2017 AL 05/01/2018	AUXILIAR DE MANTENIMIENTO	Archivo No. 11, fols. 140 y 142.
SERVIOLA S.A.S.	OBRA O LABOR	22/01/2018 AL 06/01/2019	AUXILIAR DE MANTENIMIENTO	Archivo No. 10, fols. 86 y 90.
ACTIVOS S.A.S.	OBRA O LABOR	30/01/2019 AL 12/07/2019	SERVICIOS GENERALES	Archivo No. 11, fols. 165 y 167.

Del acopio probatorio se desprende que la prestación del servicio fue siempre una necesidad permanente de la usuaria, además, solo de manera genérica se plasma en los contratos de trabajo que su contratación es por aumento de la producción; empero, ninguna probanza se arrima al respecto, es decir, nada corrobora la versión rendida por la señora Ana Lucia Monroy acerca de que la demandante era contratada en los picos altos de producción, al contrario, al relatar las actividades de la actora al servicio de BANDEL S.A.S. reafirma aún más la continuidad y necesidad permanente de los servicios

de la accionante en favor de la empresa usuaria, pues a la pregunta de las actividades, respondió: *"ella maneja servicio general, atendía la parte de la planta el aseo general y las onces y refrigerio del personal y a veces hacia unas vueltas de mensajería"*, actividades que no guardan relación con el aumento de la producción de BANDEL S.A.S., pues tal entidad tiene por objeto *"ejercitar la actividad industrial y comercial en todas sus formas y en especial en lo que respecta a la industria de sedas, lana, algodón, y fibras sintéticas, lo mismo que la compra, venta, importación, exportación y representación de firmas nacionales y extranjeras del mismo ramo"* (Fols. 13 a 17 archivo No 01).

Igualmente, llama poderosamente la atención que la declarante haya afirmado que los picos de producción empiezan a subir en octubre y noviembre, y que en razón de ello se contrata el servicio de personal en misión, pues del cartulario se extrae que el vínculo de la actora con BANDEL S.A.S. generalmente iniciaba en enero y finalizaba en diciembre, es decir, no guarda correspondencia con los picos de producción aducidos por la declarante, y en todo caso, no se logra demostrar por la empresa usuaria que el aumento de la producción en desarrollo de su objeto social tenga relación con las actividades o funciones desplegadas por la actora. A lo anterior se suma que, está demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, de cara a la vigencia de los citados contratos de trabajo.

Así las cosas, la juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba la actora no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria, estas debían ser atendidas con un trabajador directamente vinculado por ella. De manera que, aunque en el transcurso del tiempo hubo múltiples nexos contractuales con las EST, no puede perderse de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio no permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que permiten concluir que la promotora de la litis continuó vinculada con la accionada ante la necesidad permanente de contar con sus servicios, que se extendió por más tiempo del legalmente previsto para el trabajo en misión.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar a la aquí demandante como trabajadora en misión de la entidad usuaria, las demandadas Empresa de Servicios Temporales, pasan a ser empleadores aparentes y verdaderos intermediarios que ocultan su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, Bandas y Elásticos Bandel S.A.S., se considerará su empleador, y por ende, las temporales, pasarán a responder solidariamente, sin que para ello sea necesario que en el libelo introductor se solicite específicamente su solidaridad, en tanto que esta nace por mandato legal.

Bajo ese contexto, en lo relacionado con la solidaridad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido de vieja data que, cuando el usuario ficticio se considera como verdadero patrono, las empresas de servicios temporales pasarán a responder solidariamente por las obligaciones laborales, conforme al ordinal 3 del artículo 35-2 del CST. (Sentencias del 22 de febrero de 2006, Rad. N° 25717, 2 ag. 2011, rad. 35988 14 de agosto de 2012, rad. 41398, SL6107-2014, SL17025-2016, SL1170-2017, SL1228-2018, SL4330-2020, SL4162-2021, entre otras)

Por lo dicho, se mantendrá incólume la decisión de primer grado, no sin antes precisar que respecto a la manifestación contenida en la apelación referente a que la prestación

de los servicios a través de la empresa de servicios temporales no excedió el límite temporal, en tanto que entre una y otra vinculación no se superó el año o seis meses y hubo interrupciones superiores a treinta días, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL3520-2018, se refirió puntualmente sobre el tema:

"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 acudir 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."

De igual manera, el hecho de que en la práctica se haya alternado la vinculación de la actora con dos empresas de servicios temporales, para efecto de no sobrepasar el año que establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y que por ello, deba tenerse cada vinculación como autónoma e independiente o que fueron diversos contratos, ha de remitirse la Sala a lo dicho en las consideraciones de la misma providencia atrás colacionada, al manifestar de manera concluyente que:

"Cumple subrayar que la interrupción de 22 días en la vinculación laboral, así como la circunstancia de que la empresa usuaria haya cambiado a su proveedor para contratarlo o que en la última EST el servicio prestado no hubiese sobrepasado el término de 1 año, no afecta la continuidad del demandante, ni libera de responsabilidad a Unibol S.A., por las siguientes razones:

En primer término, atrás se indicó que luego de transcurridos 6 meses, prorrogables por otros 6, la empresa usuaria no puede «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio» (art. 6º D. 4369/2006), de manera que el cambio de proveedor en este asunto no enerva la prohibición de contratar el servicio temporal por más de 1 año.

En segundo término, en este asunto, la interrupción del servicio por 22 días no obedeció a razones objetivas o técnicas, originadas por la terminación de una necesidad empresarial transitoria y el inicio de otra distinta igualmente temporal, sino que estuvo orientada a burlar la ley, generando un quiebre ficticio en la continuidad de los servicios. En efecto, al dar respuesta al hecho 25 de la demanda inicial la empresa Unibol S.A. señaló que contrató al demandante para desempeñar la misma actividad; a su turno, el testigo Luis Carlos Heredia manifestó que al año 2013 el cargo de instrumentista todavía subsistía en la empresa¹.

(...)

Por lo demás, los quiebres temporales o interrupción en la continuidad de la prestación de los servicios, a veces bajo el pretexto de enviar a los trabajadores a «vacaciones» para luego vincularlos a través de la misma u otra empresa de servicios temporales, es una práctica irregular inadmisible y contraria a su dignidad. En efecto, la interrupción del servicio con el objeto de prolongar y sobrepasar fraudulentamente el término de 1 año, además de generar zozobra y angustia en el trabajador, tiene efectos adversos desde el punto de vista salarial y prestacional, el acceso a determinadas prestaciones a cargo del subsistema de salud, los aportes al sistema pensional, el acceso a beneficios del sistema de subsidio familiar, créditos, entre otros".

¹ Min. 33, CD 2, parte 1 audiencia de juzgamiento

Dicho aparte transcrito de forma extensiva por la Sala, es más que suficiente para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que hace a qué BANDEL S.A.S. es la verdadera empleadora de la aquí demandante y las empresas de servicios temporales actuaron como simples intermediarias, motivo por el cual están obligada a responder solidariamente por las condenas impuestas en favor de la trabajadora.

Extremos temporales de la relación

En relación con las interrupciones entre uno y otro contrato, así como la solución de continuidad del vínculo laboral, ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la SL6078 de 2016, propalada en la SL1166 de 2018, que:

"Ahora bien, si bien es cierto que esta Sala de la Corte ha sostenido que las interrupciones breves generadas por la suscripción de diferentes contratos, desvirtuados en la realidad, no debe desfigurar la continuidad en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 36897, CSJ SL8936-2015), lo cierto es que, en tales casos, la Sala se ha basado en cortes efímeros que, en todo caso, se desvirtúan con la realidad ofrecida por otros medios de prueba. En ese sentido, la Sala no ha dudado en darle alcance a las interrupciones serias y significativas como las demostradas en este caso (CSJ SL9112-2014, CSJ SL4816-2015, CSJ SL1148-2016).

En este caso, se repite, las interrupciones fueron amplias y relevantes, además de que no se pudo comprobar, con otros medios de prueba, que la intención real de las partes hubiera sido la de conservar la continuidad de la relación laboral".

Con los anteriores basamentos jurisprudencias, lo primero que se evidencia en el plenario, es la sucesión de diversos contratos de obra o labor entre las partes, que en línea de principio desde la óptica formal, llevarían a la Sala a determinar que entre las partes se celebraron 6 contratos autónomos e independientes; no obstante, a pesar de que se presentaron interrupciones de 22, 19, 17, 17, y 24 días, respectivamente, entre uno y otro contrato, lo cierto es que solo son interrupciones aparentes y/o formales que a juicio de la Sala no tienen la virtud de generar la solución de continuidad del vínculo que ligó a las partes desde el 30 de enero de 2014, pues nótese que la intención de las partes muy a pesar de tales interrupciones, siempre fue mantener el vínculo con la demandante, no de otra manera se puede explicar que el cargo en todos los contratos suscritos haya sido el mismo como Auxiliar de Mantenimiento y Servicios Generales, cumpliendo las mismas funciones, aunado a que, la testigo Ana Lucia Monroy, como Coordinadora de Recursos Humanos de la demandada, dio cuenta que la accionante siempre desempeñó las mismas actividades, lo que lleva a inferir a la Sala que tales interrupciones se hicieron con la única finalidad de interrumpir la continuidad laboral y así poder celebrar nuevamente contrato por obra o labor con otra temporal, para evitar exceder el año que establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, conducta que de ninguna manera puede aceptar esta judicatura.

Así las cosas, dado que en el sub examine las interrupciones presentadas no generan la solución de continuidad del vínculo laboral, tenemos que el vínculo laboral se extendió desde el 30 de enero de 2014 hasta el 12 de julio de 2019, bajo un contrato laboral en la modalidad a término indefinido, tal como lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras la SL3520-2018, cuando dijo: *"La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contratos laboral a término indefinido".*

Frente a los aportes a la seguridad social en los lapsos en la que se presentó interrupción aparente en el vínculo laboral, debe precisar la Sala que al haberse dejado de sufragar tal

cotización, la condena resulta procedente, siendo la inconformidad de la pasiva el que tal aspecto no quedó en la fijación del litigio y que por ende, se vulnera el principio de congruencia en la decisión judicial.

En tal sentido, debe precisar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Así las cosas, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en que no se podía imponer condena por aportes en pensión al no encontrarse en la fijación del litigio, aspecto que en principio es cierto, pues no se dejó de manera expresa dicho tema en la etapa de fijación del litigio; no obstante, la pretensión número trece del libelo genitor hace relación de manera expresa a cada uno de los lapsos de interrupción, pidiendo que se realice por las demandadas el aporte al sistema de seguridad social en pensión, y dicha pretensión fue objeto de oposición por las demandadas y también objeto de debate en el transcurso del proceso, por lo que, siguiendo lo señalado en precedencia, no se trasgrede el principio de congruencia en la decisión judicial como lo plantean los recurrentes, aunado a que, la parte actora de ninguna manera excluyó en la etapa de fijación del litigio tal pretensión, tampoco renunció a la misma en cualquier otra etapa, y por ello, no hay lugar a la prosperidad del recurso, manteniéndose incólume la decisión de instancia.

Finalmente, como no se presentó disenso frente al monto ordenado como indemnización por despido sin justa causa, contrayéndose el recurso de manera general a su improcedencia por cuanto en su sentir la relación laboral estuvo ceñida por contratos de obra o labor, conlleva a que la Sala no haga ninguna disquisición al respecto, máxime cuando en efecto, ninguna justa causa se puede apreciar del material probatorio que milita en el expediente.

Sin que haya más por decir, se impone confirmar la decisión de instancia en su integridad.

Costas

En esta instancia a cargo de las demandadas BANDEL S.A., ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S. y a favor de la actora, ante la no prosperidad de los recursos de apelación propuestos. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

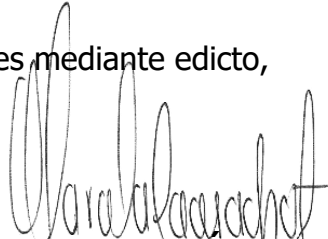
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la actora y a cargo de **BANDEL S.A.S., ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S.** Las de primera instancia se confirman.

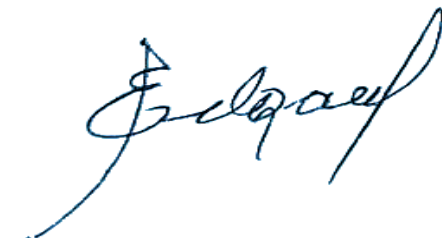
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

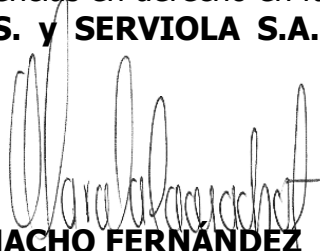


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la actora y a cargo de **BANDEL S.A.S., ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S..** en la suma de \$500.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ESPECIAL FUERO SINDICAL*
DEMANDANTE: *UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL*
DEMANDADO: *JUAN PABLO ZAMBRANO CHACÓN*
RADICACIÓN: *110013105-023-2022-00143-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE*
TEMA: *PERMISO PARA DESPEDIR.*

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

Se decide de plano el recurso de apelación propuesto por la parte demandante.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL instauró demanda especial de fuero sindical contra JUAN PABLO ZAMBRANO CHACÓN con el fin que se declare la existencia de una justa causa para la terminación de su contrato de trabajo, en virtud del literal a) del artículo 140 del CST, y en consecuencia se levante el fuero sindical, autorizando la terminación del contrato de trabajo con justa causa, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 21 de noviembre de 2011 se suscribió acuerdo de constitución de la unión temporal, entre la sociedad DATA TOOLS S.A. y ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP, en donde se acordó la creación de la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL, cuyo fin era participar en el proceso de licitación pública No 006 de 2011 adelantado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP; que mediante resolución de adjudicación No 720 del 20 de diciembre de 2011 se adjudicó a la unión temporal el contrato de concesión, y el 23 de diciembre de 2011 se suscribió el contrato de concesión No 186E de 2011 entre la Unión Temporal Ecocapital y la UAESP; que la duración del contrato fue pactada por ocho años, que se contabiliza a partir del 01 de mayo de 2012; que el 30 de abril de 2020 se suscribió la prórroga No 01 al contrato de concesión No 186E del 23 de diciembre de 2011, acordándose extender la duración del contrato por el término de 10 meses, desde el 01 de mayo de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021; que el 25 de febrero de 2021 se suscribió la prórroga No 02, extendiendo el contrato por once meses, esto es, desde el 1 de marzo de 2021 al 31 de enero de 2022; que el 31 de enero de 2022 finalizó el contrato de concesión No 176E del 23 de diciembre de 2011, al no efectuarse ninguna prórroga adicional; que en atención a la finalización del contrato de concesión la Unión Temporal Ecocapital agotó su objeto e inició la fase de liquidación definitiva del contrato; que el 31 de enero de 2022 la sociedad DATA TOOLS S.A. y ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP, suscribieron otro sí al acuerdo de constitución de la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL, acordando la liquidación definitiva de la unión temporal, la cual se llevará a cabo el 31 de enero de 2023.

Relató que Juan Pablo Zambrano Chacón celebró contrato de trabajo a término fijo con la sociedad ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP, el 3 de noviembre de 2011; que el 02 de mayo de 2012 operó la sustitución patronal del contrato de trabajo con la Unión Temporal Ecocapital, siendo desde ese momento su empleador; que el 13 de agosto de 2013 se suscribió otro sí con el señor Juan Pablo Zambrano Chacón, modificando la modalidad del contrato, pasando de término fijo a término indefinido; que el señor Juan Pablo Zambrano Chacón ocupa el cargo de Auxiliar de Servicios, consistente en prestar el servicio de recolección y transporte de residuos; que la sustitución patronal se dio con el fin de ejecutar el contrato de concesión No 186 E del 23 de diciembre de 2011, y que a partir del 31 de enero de 2022 solo desarrolla actividades con el fin de lograr la liquidación definitiva de la Unión Temporal, por lo que, el objeto del contrato de trabajo se agotó; que al encontrarse la Unión Temporal ECOCAPITAL en liquidación definitiva, el contrato de trabajo del demandado carece de objeto, y por ello, se configura la causal de terminación consagrada en el literal a) del artículo 410 del CST.

Aduce que, el 23 de marzo de 2022 fue informado por parte del Sindicato de Trabajadores de la Unión Temporal ECOCAPITAL "SINTRAECO", de que el señor Juan Pablo Zambrano Chacón, es miembro de esa organización sindical y que ostenta el cargo de tesorero; que al desaparecer la Unión Temporal Ecocapital, carece de objeto la garantía foral, por lo que es necesario que la administración de justicia autorice la terminación del contrato con justa causa. (Fols. 1 a 23 archivo "demandaAnexos")

2. Contestaciones

2.1. JUAN PABLO ZAMBRANO CHACÓN. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando en primer término que los extremos contractuales no corresponden, y que pese a que su verdadero empleador ha sido UT ECOCAPITAL, una vez se culminó el contrato de concesión el demandado ha continuado desarrollando las mismas funciones por las cuales fue contratado; que no existe justa causa relacionado con la liquidación o clausura de la empresa empleadora, ya que el contrato de trabajo y el otro sí firmado por el trabajador jamás ha estado atado a la ejecución del contrato de concesión No 186 E del 23 de diciembre de 2011, ni a un contrato de concesión en específico; que a la fecha de presentación de la demanda no se ha culminado con la liquidación del contrato de concesión ni mucho menos con el acuerdo empresarial con el que surgió la Unión Temporal Ecocapital; que la demandante ni siquiera está en proceso de liquidación y temerariamente presupone una justa causa que aún no ha nacido a la vida jurídica; que el objeto contractual del demandado no ha tenido variaciones, ya que le continúan realizando procesos disciplinarios, en particular tres, razón por la que se desvirtúa que el objeto contractual culminaría. Enfiló como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y solicitar el permiso para despedir, y la innominada o genérica.

2.2. Sindicato de Trabajadores de la Unión Temporal ECOCAPITAL "SINTRAECO". Notificado en legal forma, tal como consta en el archivo "formato Notificación", no se hizo presente en la audiencia.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de julio de 2022, mediante la cual el Juzgado absolvió de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en contra del señor Juan Pablo Zambrano Chacón, gravando en costas a la demandante. (Fols. 1 a 2 con audiencia virtual)

Preliminarmente entró a definir lo relacionado con el vínculo laboral, para lo cual esgrimió que el demandado celebró contrato de trabajo con Ecocapital Internacional el 03 de noviembre de 2011, pero como fecha de iniciación se registró el 01 de noviembre de 2011, y también obra un otro sí al contrato, el cual se suscribió el 13 de agosto de 2013 con la Unión Temporal Ecocapital, concluyéndose que entre el demandado y la Unión Temporal Ecocapital existió un contrato de trabajo desde el 01 de noviembre de 2011, el cual inicialmente fue a término fijo y a partir del 13 de agosto de 2013 a término indefinido. Adujo que si bien no existen documentos respecto a la sustitución patronal, no se puede desconocer el otro sí donde se indica que la Unión Temporal ECOCAPITAL actúa como su empleador, documento que fue firmado por el demandado sin ninguna objeción, y además ha existido continuidad de la labor, incluso el mismo demandado reconoció que los pagos los realiza la Unión Temporal ECOCAPITAL, y fue esta quien le inició procesos disciplinarios, y en donde el demandado ha rendido descargos y ha solicitado permisos sindicales, y por ello, es la Unión Temporal ECOCAPITAL la entidad donde ha venido prestando los servicios y quien ejerció subordinación.

Sobre la existencia de la organización sindical, manifestó que existe constancia de registro y modificación de la Junta Directiva, donde se indica que el sindicato SINTRAECO es de primer grado y de empresa, registrado el 14 de diciembre de 2015; que de conformidad con el artículo 405 del CST, se acredita que el 23 de marzo de 2022, se informó que en asamblea general de afiliados de SINTRAECO, el demandado se encuentra amparado por fuero sindical al ejercer el cargo de tesorero de dicha organización.

Ahora, frente al levantamiento de fuero sindical, se esgrime como justa causa la establecida en el literal a) del artículo 410 del CST, esto es, la liquidación o clausura definitiva de la empresa.

Al respecto, dio cuenta que el 21 de noviembre de 2011 se constituyó la Unión Temporal ECOCAPITAL entre ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP y DATA TOOLS, con el fin de presentar oferta en la licitación pública No 006-2011 ante la UAESP, y se determinó que la duración se extendería hasta la finalización de la duración del contrato, sus prorrogas y un año más; que mediante resolución No 720-2011 se adjudicó el contrato a la Unión Temporal Ecocapital, cuyo objeto era concesionar la prestación del servicios de recolección, transporte, almacenamiento temporal y entrega para disposición final de residuos peligrosos hospitalarios y similares generados en la ciudad de Bogotá.

Que el 23 de diciembre de 2011 se suscribió el contrato No 186E de concesión entre la UAESP y la UT y se estableció como plazo de ejecución de ocho años, que inició desde la suscripción del acta de iniciación; que el 30 de abril de 2020 se suscribió prórroga No 01, el cual se extendió el contrato de concesión hasta el 28 de febrero de 2021, y también el 25 de febrero de 2021 se firmó prórroga No 02, por el término de 11 meses, que va hasta el 31 de enero de 2022, adicionalmente la UAESP el 29 de diciembre de 2021 certificó que con la Unión Temporal ECOCAPITAL se suscribió contrato de concesión y que existieron dos prórrogas, sin que existiese una prórroga posterior; que de conformidad con la certificación del Subdirector de Barrido y Limpieza de la UAESP se indica que a partir del 01 de febrero de 2022, para el servicio de la recolección, transporte, almacenamiento temporal y entrega para disposición

final de residuos peligrosos, entró a regir el sistema de libre competencia en la ciudad.

Que el 31 de enero de 2022, se suscribió otro sí entre Ecocapital Internacional S.A. ESP y DATA TOLS, acordaron realizar actividades posteriores para proceder a realizar la liquidación final del acuerdo empresarial, celebrar contratos con terceros o integrantes de la UT para la recolección, transporte, almacenamiento temporal y entrega para disposición final de residuos peligrosos, con el fin de llevar a cabo paulatinamente la liquidación de la unión temporal.

Conforme lo anterior, consideró que existe claridad que el contrato de concesión suscrito entre la UAESP y la Unión Temporal ECOCAPITAL finalizó el 31 de enero de 2022, pero no ha realizado acta de liquidación del mismo, además como lo indica la UAESP, los tramites de liquidación iniciaron desde el 01 de febrero de 2022 y aún continua en trámite; que si bien de acuerdo a la constitución de la unión temporal la misma se realiza con el objeto de participar en el proceso de liquidación adelantado por la UAESP, en ese documento se determinó que la duración de la Unión Temporal se extendería no solo hasta la finalización del contrato y sus prórrogas, sino un año más, sin que se hubiere determinado alguna condición respecto de este último término, o especificado labor a ejecutar en este lapso, y solo en el otro sí de la constitución de la Unión Temporal se señala que ese año desarrollaría actividades propias para la ejecución y liquidación del contrato de concesión y que por ello se hacía necesario mantener algunas condiciones operativas que permitieran aprovechar los recursos existentes para desarrollar algunas actividades temporales y transitorios de recolección, transporte, almacenamiento temporal y entrega para disposición final de residuos peligrosos, con el objeto de tener los recursos suficientes para proceder con la liquidación final del contrato y del acuerdo empresarial.

Que bajo ese horizonte la Unión Temporal ECOCAPITAL no ha sido objeto de liquidación o clausura definitiva, dado que aun continua adelantando actividades relacionadas con el contrato de concesión y con el fin de dar cumplimiento al mismo, como se establece con la prueba, incluso por lo dicho por el representante legal de la demandante, quien admitió que el demandado tiene el cargo de auxiliar de servicios y apoya el proceso de recolección de residuos peligrosos, y que está ejecutando la labor, además se corrobora con la testigo Liliana Gutiérrez Galindo, quien manifestó que el contrato con la UAESP terminó el 31 de enero de 2022, pero en ese momento están adelantando tramites de PQR y el demandado realizaba parte de la recolección de PQRS; que también el testigo José Andrés Perdomo, indicó que el demandado es auxiliar de servicio, y adelanta la recolección por quejas o solicitudes de los clientes y que está en proceso de liquidación del contrato, y la testigo Mónica Perdomo Ceballos, quien manifestó que el contrato finalizó el 31 de enero de 2022, pero quedaron algunas obligaciones y por ello el demandado sigue con la Unión Temporal Prestando el servicio.

Concluyó que no se configura la causal alegada por la parte actora en aplicación del literal a) del artículo 410 del CST, dado que la clausura definitiva implica cierre total o cesación de funcionamiento de las unidades de producción que la integran.

Que el cierre parcial no cuadra en la hipótesis del despido, solo la clausura definitiva, y al no acreditarse la cesación de actividades económicas, ni haber culminado el término de duración estipulado por la Unión Temporal, esto es, 31 de enero de 2023, no puede predicarse la existencia de la justa causa; que no se evidencia que la Unión

Temporal haya sido liquidada o clausurada en su totalidad, solamente se advierte la terminación de un contrato de concesión, el cual tuvo injerencia en la creación de la unión temporal pero la duración no está determinada exclusivamente a la vigencia del contrato de concesión, por el contrario manifestó que la Unión Temporal continúa ejecutando actividades, tan es así que el 8 de abril de 2022 decidió suscribir otro sí con la Temporal S.A.S. prorrogando la vigencia del contrato de colaboración hasta el 31 de enero de 2023, fecha que constituye el termino de extinción de la Unión Temporal, y ello con la finalidad de contratar personal para cumplir las actividades del cierre de la Unión Temporal, luego, adujo que no resulta razonable el permiso para despedir a un trabajador aforado con fundamento en la terminación del contrato de concesión, siendo que a la vez realiza contratación con terceros con el fin de ejecutar actividades propias al contrato de concesión.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por el apoderado judicial de la parte demandante, quien manifiesta que tratándose de la figura de la Unión Temporal que dada su naturaleza fue creada para el desarrollo del contrato de concesión que finalizó y que está en trámite de liquidación; que en el otro sí de fecha del 31 de enero de 2022, se acuerda desarrollar algunas actividades transitorias al contrato de concesión, pero con el objeto de obtener recursos para la liquidación del contrato y el acuerdo de la unión temporal; que se tiene un año para liquidar, y los demás trabajadores ya se han ido, solo quedan los amparados por el fuero sindical, y mal haría la empresa retirarlos sin respetarles el fuero sindical; que no es necesario esperar hasta el 31 de enero de 2023, ya que tendría que iniciar un nuevo proceso de levantamiento de fuero sindical, lo que contraría la finalización del contrato de concesión ya que para su liquidación se exige la finalización de los contratos de trabajo; que la liquidación se va a postergar en el tiempo, ya que no se va poder finalizar los contratos de trabajo; que no estamos ante una liquidación normal de la empresa sino ante una Unión Temporal, cuya extensión está atada a un hecho generador que es el contrato de concesión; que la Unión Temporal no puede continuar en el ejercicio de sus funciones; que se debe autorizar las terminaciones de los contratos; que el otro sí y la certificación con la temporal, es para prestar servicios relacionados con la recolección, pero para llevar a cabo paulatinamente la liquidación del contrato; que para continuar la liquidación del contrato debe sacar recursos de esas actividades transitorias; que a través de personal temporal única y exclusivamente se contrata hasta que se dé la liquidación; que la Unión Temporal es única y exclusivamente para la concesión y su vigencia en el tiempo está atada a la vigencia de la concesión; que no se debe exigir liquidación total sin previamente autorizar la liquidación de los contratos; que lo razonable es que para finalizar el contrato de concesión se finalice primero los contratos de trabajo; en definitiva, solicita que se revoque y se acceda a las pretensiones, ordenando la terminación del contrato de trabajo.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La negativa en el levantamiento del fuero sindical y la autorización para terminar el contrato de trabajo emitida por el a quo se encuentra o no ajustada a derecho?,

para lo cual se abordará sí (ii) ¿Se acredita la justa causa establecida en el literal a) del artículo 410 del CST, relativa a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento?

1. Supuestos fácticos no controvertidos en torno a la Unión temporal como empleador y el fuero sindical

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que entre las partes existe una relación laboral, desde el 01 de noviembre de 2011 (Fol. 222 a 228 archivo demanda y anexos- contrato de trabajo), ostentando en la actualidad el cargo de Auxiliar de Servicio, inicialmente a través de contrato a término fijo y a partir del 13 de agosto de 2013 a término indefinido, sin reparo por la pasiva respecto a que el empleador es la Unión Temporal ECOCAPITAL; **ii)** que el demandado ostenta la calidad de miembro de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de la Unión Temporal "ECOCAPITAL" (Fol. 213 archivo demanda); **iii)** que el 30 de noviembre de 2011 se constituyó la Unión Temporal ECOCAPITAL por parte de ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP y DATA TOOLS S.A. (Fol. 60 a 62 archivo demanda anexos); **iv)** que mediante resolución No 720 del 20 de diciembre de 2011, fue adjudicado el contrato resultante de la licitación pública No 006 de 2011 a la Unión Temporal Ecocapital (Fols. 139 a 144 archivo demanda anexos); **v)** que el 23 de diciembre de 2011 se suscribió el contrato No 186E de 2011 entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP y la Unión Temporal ECOCAPITAL, con plazo de ejecución de ocho años, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación, el cual aconteció el 01 de mayo de 2012 (Fols. 145 a 182 archivo demanda anexos); **vi)** que, mediante prórroga No 01 del 30 de abril de 2020 se amplió la ejecución del contrato desde el 01 de mayo de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021 (Fols. 183 a 192 archivo demanda anexos); **vii)** que, mediante prórroga No 02 del 25 de febrero de 2021, se amplió la ejecución del contrato desde el 01 de marzo de 2021 hasta el 31 de enero de 2022 (Fols. 193 a 204 archivo demanda anexos); **viii)** que, mediante otro sí del 31 de enero de 2022, las sociedades ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP y DATA TOOLS S.A., acordaron de manera temporal y transitoria desarrollar algunas actividades posteriores a la terminación del Contrato de Concesión 186E de 2011, con el objetivo de tener los recursos suficientes para proceder con la liquidación final del contrato y terminación del acuerdo empresarial (Fols. 205 a 207 archivo demanda anexos).

Previo a resolver, debe dejar sentado la Sala que en lo que respecta a las Uniones Temporales, las mismas a pesar de no tener personería jurídica, en el derecho laboral pueden fungir como empleadores, y así lo aquilató la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL462-2021, en la que recogió el criterio fijado en la sentencia de radicado No 24426 del 11 de febrero de 2009 y la de radicado No 35043 del 24 de noviembre del 2009, para en su lugar establecer que

"Desde esa data hasta la actualidad, el mundo laboral ha transitado por importantes transformaciones jurídicas, sociales, tecnológicas y productivas. Hoy existen nuevos sujetos y organizaciones empresariales que actúan como verdaderos empleadores, como ocurre con los consorcios y uniones temporales, los cuales bajo una lectura textualista y exegética del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo no son empleadores a pesar de que en la práctica ejercen un poder de dirección y control del trabajo.

(...)

las uniones temporales y consorcios pueden ser empleadores de los trabajadores que participan en los proyectos empresariales contratados con las entidades públicas. Por

tanto, pueden ser convocados para responder por las obligaciones laborales de sus trabajadores”.

En ese orden, como quiera que en el presente asunto quien funge como empleador es la Unión Temporal ECOCAPITAL, que a la vez, es quien está solicitando el levantamiento del fuero de uno de sus trabajadores, ninguna irregularidad procesal se puede advertir, aunado a que, a pesar de que inicialmente el demandado presentó inconformidad frente al empleador, ello quedó superado en la primera instancia al establecerse que en efecto el actor inició a través de contrato a término fijo con el empleador ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP, a partir del 01 de noviembre de 2011 pasando luego a la Unión Temporal ECOCAPITAL a través de otro sí firmado el 13 de agosto de 2013 y cambiando de modalidad contractual a término indefinido, aspectos que quedaron plenamente demostrados con la prueba documental (Fol. 222 a 228 archivo demanda y anexos- contrato de trabajo), y que no fueron objeto de reparo por el trabajador, aceptando incluso en el interrogatorio que fue ante la Unión Temporal ECOCAPITAL a donde dirigía o solicitaba los permisos, aunado a que, fue tal entidad quien le realizó procesos disciplinarios y ante quien el trabajador rindió los respectivos descargos, en todo caso, se insiste, el juzgador de instancia declaró que el empleador es la Unión Temporal Ecocapital y sobre ello no se presentó reparo alguno.

2. Fuero Sindical

Importa memorar que el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como una paladina expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual gozan los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión, protección especial que también ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

De otra parte, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo"*.

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del C.S.T., entraña una serie de obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o desmejorar de cualquier manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el juez laboral.

Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta normativa es producto del desarrollo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, según las cuales los países miembros de esta, se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto dirigido a perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, incluido el despido y el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, a saber, **en la sentencia T-220 del 20 de marzo de 2012: "...que no sea posible despedir al empleado, sino que en el evento en el que el empleador despida al trabajador *deberá demostrar la existencia de una justa causa para hacerlo, y el juez deberá constatar la existencia o inexistencia de la misma con el fin de autorizar el despido*"**.

3. Presupuestos procesales de la acción de levantamiento del fuero sindical para despedir

Es menester para la Sala detenerse en las previsiones legales contenidas en el artículo 410 del C.S.T., relativo a las justas causas para el despido de un trabajador amparado por el fuero sindical: 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo.

De lo expuesto, se puede establecer de manera cristalina que el señor JUAN PABLO ZAMBRANO CHACÓN ostenta la calidad de miembro de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de la Unión Temporal "ECOCAPITAL" (Fol. 213 archivo demanda), y que como consecuencia de la finalización del Contrato de Concesión No 186 E del 23 de diciembre de 2011, lo cual tuvo lugar el pasado 31 de enero de 2022, se liquidará de manera definitiva la Unión Temporal ECOCAPITAL el próximo 31 de enero de 2023, tal y como se acordó al momento de su creación, por ello, al agotarse en dicha data el objeto contractual para la cual fue creada la unión temporal, se logra configurar la justa causa para el levantamiento del fuero sindical establecida en el literal a) del artículo 410 del CST, esto es, por la liquidación o clausura definitiva de la empresa, aspectos que se abordarán a continuación.

4. Liquidación y clausura definitiva de la empresa como justa causa para levantar el fuero sindical – unión temporal

Sobre el punto, el artículo 410 del CST, establece que son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

- a) ***"La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la supresión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días"***. (Negrilla por la Sala)

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicación No 25000 del 25 de mayo de 2005, precisó que lo que constituye la justa causa para el levantamiento del fuero sindical es la clausura definitiva de la empresa, esto es, la extinción de todas las unidades de producción que la integran, a tal punto que no pueda seguir actualmente en operaciones.

Ahora, en tratándose de las Uniones Temporales, cumple traer a colación lo establecido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, quien, en sentencia del 08 de agosto de 2018, radicado No 25000-23-36-000-2013-00671-01 (53102), estableció que:

- "2.5. Ahora, debe aclararse que las uniones temporales normalmente tienen como término de existencia el mismo plazo de ejecución del contrato, pues su objetivo es desarrollar las actividades específicas a las que se obligó, sin que tengan vocación de permanencia para realizar otro tipo de negocios diferentes para los que fue constituida.
(...)"*

2.6. De lo anterior se desprende que: i) la razón de ser de las uniones temporales es el cumplimiento del contrato y ii) su duración está atada a los motivos que dieron origen a su creación, por lo que se extinguirán cuando no subsista la actividad contractual”.

De lo que viene dicho, en el sub examine, el 30 de noviembre de 2011 se constituyó la Unión Temporal ECOCAPITAL por parte de ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP y DATA TOOLS S.A. (Fol. 60 a 62 archivo demanda anexos), en la que se expresa que *"La duración de la UNIÓN TEMPORAL se extenderá hasta la finalización de la duración del contrato, sus prorrogas y un año más, en caso de salir favorecidos con alguna ASE (áreas de servicio exclusivo) determinadas en el pliego de condiciones de la licitación de la referencia"*, esto es, la licitación pública No 006 de 2011 en la que participó, siéndole adjudicada mediante resolución No 720 del 20 de diciembre de 2011 (Fols. 139 a 144 archivo demanda anexos), lo que conllevó a suscribir el 23 de diciembre de 2011 el contrato No 186E de 2011 entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP y la Unión Temporal ECOCAPITAL, con plazo de ejecución de ocho (8) años contados a partir de la suscripción del acta de iniciación, que lo fue el 01 de mayo de 2012 (Fols. 145 a 182 archivo demanda anexos), y que en virtud de sus prorrogas (Fols. 183 a 204 archivo demanda anexos), se mantuvo hasta el 31 de enero de 2022, fecha en la que dejó de ejecutarse el referido contrato, tal como lo certificó también la UAESP (Fols. 209 a 210 Demanda anexos), y como se enuncia en la certificación del 24 de marzo de 2022 del Gerente General de la Unión Temporal Ecocapital, en la que consta que el contrato No 186E de 2011 finalizó el 31 de enero de 2022, sin *"que exista prorroga alguna y/o extensión al contrato en mención"*.

Debe también tenerse en cuenta en esta clase de contratos que, un primer acto es la finalización del contrato y otro acto es la liquidación, razón por la cual se pacta que la unión temporal continúe vigente con posterioridad a la finalización del contrato, que para el caso sub examine corresponde a "un año más". Es por este motivo que en el mismo contrato de concesión, específicamente en su cláusula trigésima se estipuló la *"liquidación del contrato"*, indicando que *"a la terminación del contrato por cualquier causa se procederá a su liquidación entre LA UAESP y el CONCESIONARIO, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su finalización o a la expedición del acto que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga, mediante Acta de liquidación suscrita por las partes, la cual deberá contener entre otros los siguientes aspecto"*.

Siendo así, debe tenerse en cuenta que una vez finalizó el contrato de concesión (31 de enero de 2022), las partes que dieron origen a la Unión Temporal acordaron *"desarrollar de manera temporal y transitoria algunas actividades posteriores a la terminación del contrato de Concesión 186E de 2011, relacionadas con recolección, transporte, tratamiento, almacenamiento temporal y disposición final de residuos peligrosos de riesgo infecciosos o biológico, con el objetivo de tener los recursos suficientes para proceder con la liquidación final del contrato y terminación del acuerdo empresarial"*, es decir, que existe acuerdo de un año pactado por las partes creadoras de la Unión Temporal ECOCAPITAL para proceder a extinguir la referida unión temporal, sin que pueda colegirse de manera alguna que la Unión Temporal siguió operando para otros contratos o que haya ejercido de manera definitiva el objeto de recolección, transporte, tratamiento, almacenamiento temporal y disposición final de residuos peligrosos de riesgo infecciosos o biológico, ya que la razón de ser o existencia de la Unión Temporal ECOCAPITAL fue precisamente la de participar en la licitación pública No 006 de 2011, por lo que una vez adjudicado el contrato, dio cumplimiento al mismo hasta el 31 de enero hog año.

Los actos posteriores al 01 de febrero de 2022, están dirigidos a la liquidación del contrato de concesión, pues así se desprende del otro sí del 31 de enero de 2022 suscrito por ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP y DATA TOOLS S.A., lo cual se encuentra ratificado con la testimonial recaudada, en particular con lo dicho por Liliana Gutiérrez Galindo, Jorge Andrés Perdomo y Mónica Perdomo Ceballos, quienes enfáticamente manifestaron que el contrato de concesión finalizó el 31 de enero de 2022, y que después de esa calenda se atendían PQRS relacionadas con la liquidación y para cerrar "temas con la UAESP", incluso la testifical de la parte demandada también dio cuenta de ello, como lo expresó Javier Enrique Torres Ballesteros, quien es compañero del aquí demandado, cuando indicó que a partir del 31 de enero de 2022 "entramos en libre competencia", esto es, que finalizó el contrato de concesión y por esa razón a la pregunta de si las áreas se han venido disminuyendo, respondió que *"sí hay partes donde han sacado varios compañeros"*.

En ese orden, lo primero que colige la Sala es que, de acuerdo a la naturaleza de las uniones temporales, las mismas tienen como término de existencia el mismo plazo de ejecución del contrato que dio lugar a su constitución, lo que conllevaría que en el sub examine debería haber sido el 31 de enero de la presente anualidad; no obstante, las partes creadoras de la unión temporal fijaron un plazo adicional de un (1) año para efectos de atender los trámites de liquidación, etapa propia del contrato de concesión, acorde a lo estipulado en el contrato de concesión entre la Unión Temporal Ecocapital y la UAESP, por ende, no podía como lo hizo el a quo exigir la liquidación total de ECOCAPITAL, ya que ello equivale a desconocer las particularidades de la operación y extinción de las uniones temporales.

Ahora, en lo referido a que la Unión Temporal ECOCAPITAL continuó desarrollando las actividades para las cuales fue contratada, debe tenerse en cuenta que expresamente se convino que sería transitorio y durante el término estipulado para la liquidación del contrato de concesión, la cual, conforme lo convenido va hasta el 31 de enero de 2023. De igual manera, en lo relacionado con que la Unión Temporal ECOCAPITAL ha contratado con terceros para continuar desarrollando las mismas actividades del contrato de concesión 186E de 2011, cumple precisar que ello quedó consignado en el otro sí del 31 de enero de 2022 (Fols. 205 a 207 demanda anexos), pero con la anotación de ser transitorio y *"para llevar a cabo paulatinamente la liquidación final de la presente Unión Temporal"*, aunado a que, en el contrato de prestación de servicios entre TEMPORAL SAS y la Unión Temporal ECOCAPITAL, se establece que se procederá a contratar trabajadores en misión hasta el 31 de enero de 2023, que corresponde a la fecha límite de culminación de la Unión Temporal, y así fue como expresamente se convino: *"Que la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL, quien es parte CONTRATANTE de la presente relación contractual, se encuentra en trámite de liquidación y cierre por terminación del objeto para la cual fue creada la UT mediante Acta de Constitución de fecha 30 de noviembre de 2011. En ese sentido, el término para la extinción de la UT ECOCAPITAL conforme a su documento constitutivo está establecido en un año posterior a la terminación del Contrato de Concesión No. 186E de 2011, a saber: el 31 de enero de 2023. Es así como el último año, comprendido entre el 31 de enero de 2022 y 31 de enero de 2023, se ejecutarán actividades propias para la liquidación del contrato de concesión citado y cierre de la Unión Temporal"*, esto es, atado a la liquidación del contrato de concesión y a la extinción definitiva de la Unión Temporal.

De lo anterior se logra extraer con meridiana claridad que, al crearse la Unión Temporal ECOCAPITAL para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión No 186E de 2011, su "duración está atada a los motivos que dieron origen a su creación, por lo que se extinguirán cuando no subsista la actividad contractual", esto es, en línea de principio el 31 de enero de 2012; sin embargo, como las partes convinieron "un año más" después de la finalización del contrato, esto es, 31 de enero de 2023, para desarrollar los actos tendientes a la liquidación del contrato de concesión, debe tenerse como fecha límite para la extinción de la Unión Temporal ECOCAPITAL el 31 de enero de 2023.

Así, en el sub examine, hay certeza de la existencia de la justa causa alegada por la demandante, porque la UT ECOCAPITAL está adelantando el proceso de liquidación del contrato de concesión No 186E de 2011, lo que genera su extinción, hecho que en este caso tiene la virtualidad de afectar de manera ostensible el curso normal de la actividad económica que ejerce la Unión Temporal, al punto que ha disminuido sus áreas de operación y sus trabajadores (Fols. 2 Reforma demanda), y si bien está ejerciendo actividades, lo hace de manera transitoria, con la finalidad de llevar a cabo paulatinamente la liquidación final de la presente Unión Temporal.

En consecuencia, al no existir discusión de que la existencia de la Unión Temporal está atada a la ejecución del contrato de concesión y un año más hasta su liquidación, resulta claro que procede el levantamiento del fuero sindical que cobija al trabajador demandado, ante el hecho probado de la existencia de la justa causa alegada por la empleadora, para dar por terminado el contrato de trabajo, establecida en el literal a) del artículo 410 del CST, precisando que en estos eventos, en los que no ha cesado de manera definitiva en sus actividades el empleador o que este en proceso de liquidación, la garantía foral se extiende hasta que el proceso de liquidación "concluya definitivamente", y así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL8155-2016, en los siguientes términos:

"Se reitera que, en este particular caso existe prueba concreta de la liquidación final de la entidad, es decir, de su extinción total. Sin embargo, debe aclarar la Sala que diferentes consecuencias se generarían cuando la sociedad se encuentra en trámite de proceso liquidatorio, ya que, en estos casos, la entidad subsiste, solo que su capacidad jurídica se contrae a la realización de los actos necesarios para la culminación de aquel. Por esto, es razonable el reintegro de un trabajador a una sociedad en liquidación, eso sí, hasta que esta concluya definitivamente".

Es por lo dicho y sin necesidad de realizar mayores elucubraciones, que puede tenerse como justa causa la liquidación futura, pero con fecha determinada, de la Unión Temporal ECOCAPITAL que fue constituida para adelantar el contrato de concesión No 186E de 2011 que cesó su ejecución el 31 de enero de 2022, por consiguiente, se autoriza el levantamiento del fuero sindical condicionado a que se proceda por la activa a la terminación del vínculo laboral el próximo 31 de enero de 2023, fecha de liquidación de la unión temporal. Se precisa que en caso de que la accionada mantenga operaciones con posterioridad a dicha calenda, la protección foral se mantendrá hasta que se extinga la unión temporal ECOCAPITAL.

5. Prescripción

Sobre ésta excepción establece el artículo 118A del CPTSS que *"Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha*

en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso”.

En el sub examine, si bien es cierto, la justa causa nace desde que finaliza el contrato de concesión (31 de enero de 2022), ya que no se continuó prorrogando, debe tenerse en cuenta que según las partes creadoras de la UT ECOCAPITAL fijaron como plazo para extinción de la misma el 31 de enero de 2023, lo que conlleva a establecer que mientras estén en trámite los actos tendientes a su extinción, la justa causa se extiende en el tiempo desde el 01 de enero de 2022 hasta el 31 de enero de 2023, con lo cual no opera el fenómeno de prescripción en el presente asunto, y en gracia de discusión, a pesar de que el 31 de enero de 2022 se finalizó el contrato de concesión, el sindicato SINTRAECO comunicó a la UT ECOCAPITAL de la garantía foral del actor como miembro de la Junta Directiva el pasado 23 de marzo de 2022 (Fols. 212 demanda anexos), es decir, solo desde aquella fecha surge para el empleador la obligación de solicitar al aparato judicial el levantamiento del fuero sindical, y como quiera que la demanda se presentó el 01 de abril de 2022 (Fols. 1 acta de reparto), esto es, dentro de los dos meses, no hay lugar a la prosperidad de la prescripción.

Por lo antes expuesto, a la Sala no le queda otro camino que revocar la sentencia apelada, declarando no probadas las demás excepciones propuestas por sustracción de materia.

6. Costas

Las Costas de segunda instancia están a cargo de la parte demandada Juan Pablo Zambrano Chacón y a favor de la demandante UT ECOCAPITAL, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandado. Tásense.

DECISIÓN

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

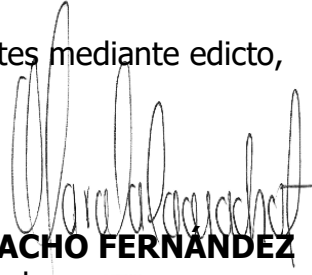
RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el día 05 de julio de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, objeto de apelación, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este fallo, y en su lugar, disponer el levantamiento del fuero sindical que ampara al señor **JUAN PABLO ZAMBRANO CHACÓN**, en consecuencia, se **AUTORIZA** a la entidad demandante **UT ECOCAPITAL** para que proceda a la terminación del contrato de trabajo el próximo 31 de enero de 2023, fecha de liquidación de la unión temporal. En caso de que la accionada mantenga operaciones con posterioridad a dicha calenda, la protección foral se mantendrá hasta que se extinga la unión temporal ECOCAPITAL.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS de segunda instancia a cargo del demandado **JUAN PABLO ZAMBRANO CHACÓN** y a favor de la UT ECOCAPITAL. Las de primera se revocan y corren a cargo del demandado. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



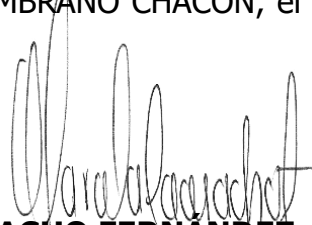
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de UT ECOCAPITAL y a cargo de JUAN PABLO ZAMBRANO CHACÓN, el equivalente a 1/5 del SMMLV, esto es, la suma de \$ 200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SONIA PATRICIA CÁCERES MARTÍNEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 110013105-016-2019-00095-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. SONIA PATRICIA CÁCERES MARTÍNEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPMPD al RAIS; que en consecuencia de lo anterior se declare el traslado de regreso al RPMPD; que se ordene a la AFP OLD MUTUAL S.A. a retornar a COLPENSIONES el saldo total existente en la cuenta individual, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor por concepto de cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales; que se ordene a COLPENSIONES a aceptar a la demandante en el RPMPD, junto con el traslado de aportes, rendimiento financieros y devolución de cobros de administración y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; condenar a las demandadas en lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS; que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; que después la demandante se trasladó a OLD MUTUAL S.A.; que las AFP PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A., no le brindaron la información suficiente al momento del traslado; que elevó solicitud de traslado ante las AFP del RAIS y COLPENSIONES, pero le ha sido resuelto de manera negativa (fol. 28 a 33)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 93 a 94); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que indicando que el traslado se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente; que el actuar de COLPENSIONES siempre ha sido de buena fe.

Formuló como excepciones de mérito; la prescripción y caducidad; la inexistencia de la obligación; la buena fe y la innominada o genérica. (folios 98 a 99).

3.2 AFP SKANDIA S.A. Contestó la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones por cuanto la afiliación se realizó con el marco legal vigente y conforme a la buena fe; la demandante firmó el formulario de afiliación que acredita la decisión libre, voluntaria y sin ningún tipo de presiones; que la demandante al estar afiliada previamente a una entidad del RAIS ya conoce del funcionamiento de dicho régimen. Como excepciones de mérito indica; SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección del régimen; la demandante se encuentra inhabilitada por el traslado de régimen en virtud de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de la violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta del deber de asesoría e información; buena fe y la innominada o genérica. (folios 133 a 135).

3.3 AFP PROTECCIÓN S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando para tal efecto que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario se suscribió de forma libre y espontánea; que la demandante no puede soportar la pretensión de una declaratoria de ineficacia en las expectativas económicas de su pensión de vejez. Como excepción previa propuso la falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva; sosteniendo el paso de la demandante por las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado de aportes de las AFP Porvenir y Old Mutual; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (folio 158)

3.4. COLFONDOS S.A. Presentó contestación de la demanda oponiéndose a todas las pretensiones sosteniendo que la vinculación de la demandante al RAIS es válida; que la demandante firmó el formulario de afiliación ratificando su interés de permanecer en el régimen privado; que el actuar de COLFONDOS S.A. siempre ha sido de buena fe. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en 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 de la acción para solicitar nulidad del traslado y la de compensación y pago (fol. 182)

3.5 AFP PORVENIR S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que la afiliación que realizó la demandante con la AFP fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada; que la demandante se encuentra inmersa en la restricción contenida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Rotuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica. (fol. 184).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y sus posteriores traslados entre

administradoras; condenó a SKANDIA S.A. a devolver a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP SKANDIA y efectuar los ajustes a la historia pensional de la demandante. Finalmente condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN, SKANDIA, COLFONDOS, PORVENIR Y COLPENSIONES.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL31989 de 2008, SL 9447 de 2017, SL 1688 y 1689 de 2019, SL 4426 de 2019 SL 3349 de 2021; señalando que se requiere información objetiva y comparada que garanticen la transparencia en la información brindada a la afiliada; que se invierte la carga probatoria, por lo que la AFP debe probar que brindó la asesoría de manera correcta; que las AFP deben brindar una información clara, eficaz y oportuna; que la AFP debía hacer una ilustración de condiciones de acceso, características, ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias de cada uno de los regímenes; que la firma y las consignaciones preimpresas en los formularios no son suficientes y a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que la demandante no recibió una información clara, cierta y oportuna; que no se obtuvo ninguna confesión frente al cumplimiento del deber de información; que en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en lo correspondiente a actos de relacionamiento, bajo ningún contexto se puede ratificar la afiliación que en principio es ineficaz; que la AFP debe devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y comisiones junto con los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, rendimientos y bonos pensionales; que los traslados dentro del RAIS no tienen la virtualidad de subsanar la falta de información inicial y finalmente que la ineficacia no está sometida al término trienal de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES. Planteó recurso de apelación sosteniendo que: la declaratoria de ineficacia de traslado vulnera y quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que COLPENSIONES no puede asumir el arrepentimiento del demandante habiendo ejercido su derecho a la libre escogencia; que no hay prueba de coacción que viciara la manifestación de su voluntad sobre todo por su permanencia en el régimen de ahorro individual durante tantos años; que la decisión vulnera el conjunto normativo previo especialmente la ley 797 del 2003 la ley 100 del 93 y el decreto 3800 de 2001; finalmente que todas las conductas desplegadas por COLPENSIONES se dieron actuando de buena fe y con la plena convicción de estar obrando conforme a derecho.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente solicita se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que no se presentó la nulidad o ineficacia del traslado; que la carga de la prueba le corresponde a la demandante; que debe tenerse en cuenta el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, ya que el traslado acarrea una descapitalización del fondo común.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada

cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que se mantenga en firme la decisión de instancia que declaró la ineficacia del traslado y su orden de remisión al régimen de prima media con prestación definida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora SONIA PATRICIA CACERES, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 25-05-1994, con cotizaciones hasta el 08-07-1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 107 a 109); que se trasladó a PROTECCIÓN el 28 de junio de 1996 (Fol. 44 archivo contestación Protección); que posteriormente, se trasladó a PORVENIR el 22 de septiembre de 1997 (Fol. 184 archivo 58); que luego se afilió a COLFONDOS el 18 de octubre de 2002 (Fol. 182 archivo 18); seguidamente, el 09 de marzo de 2004 se trasladó a PORVENIR S.A. (Fol. 46 contestación Protección S.A. archivo SIAFP); seguidamente se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN S.A. el 28 de febrero de 2006 (Fol. 45 y 46 contestación Protección S.A. archivo SIAFP); luego, se trasladó a PORVENIR S.A. el 11 de mayo de 2009 (Fol. 60 contestación Porvenir S.A.); finalmente, se trasladó a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. el 4 de noviembre de 2015 (Fol. 142), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 147)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996 la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado

podiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de COLPENSIONES al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o

aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Alude en su defensa el apoderado judicial de la parte apelante que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"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"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PROTECCIÓN en el año 1996 además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial efectuada el 28 de junio de 1996 queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, lo que en efecto no hizo la a quo, pues si bien ordenó el traslado de aportes a cargo de SKANDIA S.A. no hizo extensiva la condena a las demás AFP y se omitió el traslado de los descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, razón por la que se debe impartir adición en este tópico. Adicionalmente, se confirmará que la devolución se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos es en cuento a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre los demás conceptos.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y

SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

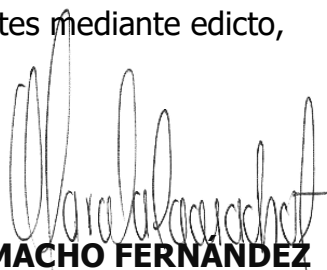
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP SKANDIA S.A. se extienda a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en cada AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

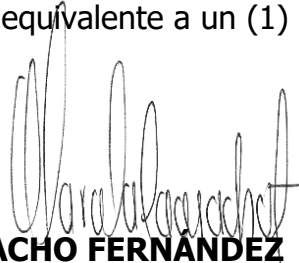


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada