



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021202000353-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la demandante, Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DIVA EDITH PERALTA SOLÓRZANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional 373.906 del C.S.J., como apoderado de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Diva Edith Peralta Solórzano promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, o subsidiariamente su nulidad; que se declare que Porvenir S.A. está obligada a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, y demás conceptos económicos con las cotizaciones efectuadas al RAIS, sin efectuar ningún tipo de deducción de los mismos; que se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación, actualizando su historia laboral; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 23 de noviembre de 1964; que empezó a realizar aportes desde el año 1984 en su calidad de empleada al extinto ISS; que para el año 2001 se trasladó a Porvenir S.A., fecha para la cual la entidad hizo presencia en la empresa Heel, sin que se le hubiese informado sobre las consecuencias del traslado de régimen, así

como la posible pérdida de beneficios pensionales, limitándose únicamente a hacer efectiva su vinculación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Porvenir S.A., dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, el lugar en que se efectuó la afiliación a la entidad, el número de semanas cotizadas, y la petición elevada a la AFP. Propuso las excepciones previas que denominó ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa; como de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Por su parte, la demandada Colpensiones remitió contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, las peticiones elevadas y sus respuestas. Propuso la excepción previa de falta de competencia, y como de mérito, las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, innominada o genérica.

REFORMA DE LA DEMANDA

La parte actora presentó reforma de la demanda, adicionando como hechos que el 21 de mayo de 2021 se radicó en Colpensiones solicitud de pensión de vejez, la cual el mismo día fue negada debido a que la demandada no se encontraba allí afiliada.

Asimismo, adicionó como pretensiones que se declare que la demandante cumple con los requisitos exigidos por la ley para acceder a la pensión de vejez en el RPMPD; que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de dicha prestación, al retroactivo pensional, y al pago de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; subsidiariamente, solicitó que se condene a Colpensiones a pagar a la demandante la indexación de los dineros adeudados.

Allegó copia de la historia laboral de ambos fondos, copia de simulación pensional, copia de peticiones elevadas y sus contestaciones.

Colpensiones allegó contestación a la reforma de la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, manifestando que es cierto que la actora presentó solicitud de reconocimiento pensional, la cual le fue negada.

A su vez, Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones, e indicó no constarle los nuevos hechos presentados por la parte activa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de mayo de 2022, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Diva Peralta Solórzano al RAIS el 28 de febrero de 2001, declarando como afiliación válida la del RPMPD; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados, gastos de administración, comisiones, lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados; condenar a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante al RAIS, actualizando la historia laboral de la activa; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de la demandante, Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

La parte **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación, únicamente frente a la absolución de costas a la demandada Colpensiones, aduciendo que el trámite judicial implicó costos, librándose dicha administradora de la carga; refiere que las costas no solo buscan resarcir, sino sufragar los gastos en que incurrió la demandante.

PORVENIR S.A. presenta recurso frente a la sentencia, manifestando que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, contrario a lo indicado, si es válida y eficaz, toda vez que la demandante en el año 2001 efectuó el traslado bajo las disposiciones que para la época existían, lo cual era una asesoría y un acompañamiento de la AFP, impidiendo la coacción de los fondos para que las personas firmaran el formulario de afiliación, lo que demuestra que el traslado se dio de manera libre y voluntaria; refiere que la permanencia en el régimen es un acto de ratificación, puesto se está hablando de 20 años.

Afirma la apoderada que si bien en el formulario de afiliación no se señala toda la información que se pudo haber otorgado, el mismo sí da fe de que fue otorgada información a la demandante, y que, el que se acuda a juicio por la diferencia de mesadas pensionales en ambos regímenes, desconoce el funcionamiento de las AFP.

Frente a los gastos de administración, y sumas de la aseguradora, la apoderada manifiesta que es injusto tener que efectuar su devolución, pues si bien regresa todo a su estado general, lo cierto es que dichos conceptos nacen del traslado de régimen pensional, aunado a que si se efectuaron deducciones, lo cierto es que el ordenamiento jurídico lo permite, por lo que peticona que deberá por lo menos revocarse lo tendiente a la devolución de los gastos de administración.

COLPENSIONES aduce que se presenta una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues dentro de los fallos relacionados a la nulidad de traslado, hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos de pensiones se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar documental

alguna que pruebe la existencia de un vicio en el consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, sin embargo, si debe asumir la AFP toda la carga probatoria.

Manifiesta que existen deberes mínimos en cabeza de los afiliados, destacándose que el silencio en la permanencia, se entenderá como una decisión consciente de estar allí.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Porvenir S.A. remitió alegatos de conclusión, solicitando revocar la decisión de primera instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, reiterando además los argumentos expuestos en su contestación de demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la permanencia en el RAIS sanea la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, y **v)** si resulta procedente condenar en costas a Colpensiones. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º

*de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en el ítem 12 del expediente digital, obra formulario de afiliación diligenciado el día 28 de febrero de 2021, material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Diva Edith Peralta Solórzano asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa

juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación firmado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 28 de febrero de 2001 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, así como el traslado entre fondos, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que

nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima. (...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

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

el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que no se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a Colpensiones, quien se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, asistiéndole razón al apoderado de la parte demandante, habiendo lugar a acceder a su pretensión, y condenar en costas a la demandada Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida el día 24 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Diva Edith Peralta Solórzano, en cuanto no se condenó en costas a la demandada Colpensiones, para en su lugar **CONDENAR** a dicha administradora en costas, conforme fue expuesto. Tásense.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

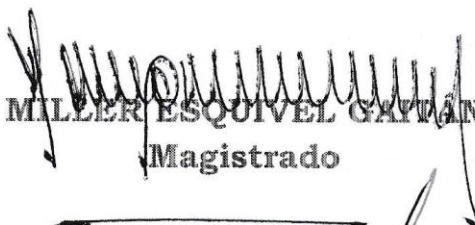
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

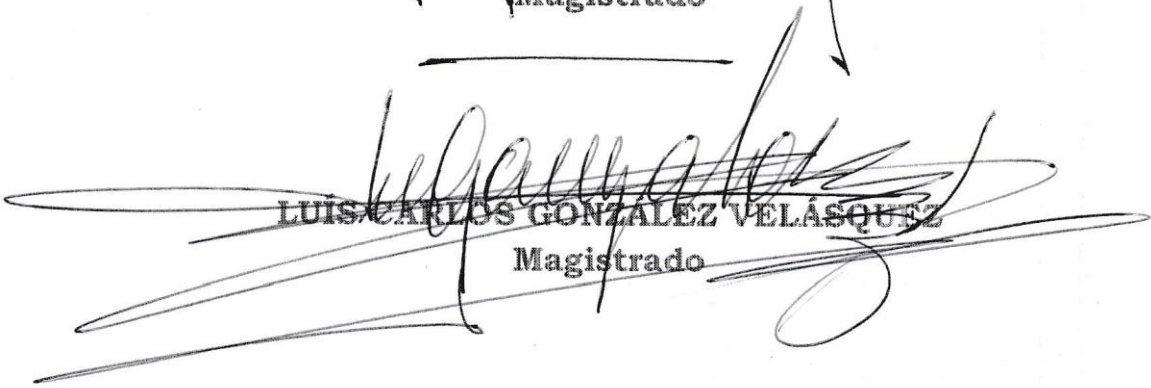
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105020202100400-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el cinco (5) de mayo de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso que instauró **CLAUDIA YADIRA CASTRO MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Belcy Bautista Fonseca, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.748.898 y tarjeta profesional 205.907 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Claudia Yadira Castro Martínez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del formulario de afiliación suscrito mediante el cual se efectuó el traslado de régimen, se disponga la devolución de los aportes al RPMPD, que se declare su continuidad en el régimen administrado por Colpensiones, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 8 de junio de 1965, contando con 57 años de edad al momento de la presentación de la demanda; que estuvo afiliada al RPMPD desde el mes de marzo de 1986 y hasta octubre de 1998, año en el cual fue visitada en sus instalaciones de trabajo por un promotor de ventas de Colmena hoy Protección S.A., quien le informó que el ISS se acabaría y su pensión se perdería junto con lo cotizado hasta ese entonces, sin que le advirtiera el riesgo y las consecuencias negativas que le generaría el traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Protección S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la visita efectuada por el vendedor de la AFP, la presentación de la solicitud de ineficacia del traslado, y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones, frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la reclamación presentada ante la entidad y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 144 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la 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, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de mayo de 2022, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS efectuado por la señora Claudia Yadira Castro a Protección S.A. el 28 de agosto de 1998, declarar aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones, como actual y única entidad administradora del

RPMPD, ordenar a Protección S.A. a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones, y los bonos pensionales si los hubiese, a su respectivo emisor, condenando en costa a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al solicitar el retorno cuando ya contaba con la edad de 54 años; igualmente, que si bien en el interrogatorio de parte se indicó que no se presentó ningún tipo de coerción, la actora no usó el derecho de retracto para efectuar la desvinculación del sistema.

Manifiesta que respecto al deber de información, las normas que usa la Corte Suprema son unas anteriores a la fecha, y que, el precedente que utiliza dicha corporación como norma para el deber de aplicación del deber de aplicación, es el Decreto 6063 de 1994, sin embargo, que este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, por los cuales los fondos cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

Que si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora, eso no la exoneraba de efectuar las averiguaciones del caso, aunado a que debe tenerse en cuenta la experiencia que tenía la señora Castro, pues trabajaba en un banco, considerando que el manejo que se le da al ahorro del fondo en el régimen privado, es casi el mismo que se utiliza por las entidades bancarias.

Finalmente, que en caso de no acogerse los argumentos expuesto por la administradora, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro, debidamente indexadas, comoquiera que no podrá darse cumplimiento a la sentencia, hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos, sin que se condene en costas a Colpensiones, toda vez que no participó en la afiliación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la parte actora como la demandada Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y su contestación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** si resulta relevante la experiencia de la demandante para absolver a las demandas de las pretensiones incoadas en su contra, y, **v)** si había o no lugar a condenar a Colpensiones al pago de las costas y agencias en derecho. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por

ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en el folio 139 del ítem 7 del

expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Colmena, diligenciado el 2 de agosto de 1998. Asimismo se recibió interrogatorio por parte de la señora Claudia Yadira Castro, quien manifestó que el traslado se realizó en las instalaciones del banco; que el asesor se acercó a la oficina manifestándole que tenían el respaldo de Colmena, presentando los documentos para la afiliación; que no fue coaccionada para firmar el formulario de afiliación, sin embargo, que estaba por medio su trabajo, pues el fondo estaba respaldado por el banco; que no ha recibido asesorías adicionales por parte de Protección S.A; que al momento de realizar el traslado ocupaba el cargo de asesora comercial; que no se le indicó que podía realizar aportes voluntarios; que desea trasladarse a Colpensiones porque siente que la engañaron.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Colmena hoy Protección S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Claudia Yadira Castro Martínez asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación firmado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal

como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Protección S.A. el 28 de agosto de 1998 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, inclusive, teniendo en cuenta el cargo desempeñado por la actora, pues ello no exonera de ninguna carga a la AFP encargada al momento de prestar la asesoría, quien como previamente se estableció, es la encargada de cumplir con el deber de información.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Frente a la solicitud de la entidad recurrente de condicionar la sentencia proferida en primera instancia, se tiene que a tal administradora no se le ha impartido orden alguna que dependa del cumplimiento de lo ordenado a Protección S.A., pues no existe reconocimiento de prestación económica alguna, lo que claramente estará condicionado a la devolución de los aportes, situación que no fue objeto de litigio.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone.

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...) (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original).

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá 2007. Pag. 1022.

oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximir las de dicho rubro.”

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

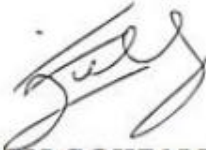
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el cinco (5) de mayo de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **CLAUDIA YADIRA CASTRO MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105038201900624-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de vejez – compartibilidad pensional

Procede la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de **ÁLVARO IGNACIO ORDOÑEZ DE LOS RÍOS** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Mayra Alejandra Bohada Rojas, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 y tarjeta profesional 321.634 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Álvaro Ignacio Ordoñez de los Ríos llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, con el fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 201955 del 8 de agosto de 2013 y No. 195528 del 30 de mayo de 2014, por medio de las cuales se niega el reconocimiento pensional; que se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 10 de octubre de 2008, bajo los presupuestos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se vinculó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 9 de marzo de 1970 hasta octubre de 1991; que se encuentra amparado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto cumplió 46

años de edad el 10 de octubre de 1994 y 15 años de servicio el 9 de marzo de 1994, siendo aplicable el Decreto 758 de 1990.

Que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero le reconoció mediante Resolución No. 048 del 24 de noviembre de 1995, pensión de jubilación convencional a partir del 10 de octubre de 1995.

Que mediante Resolución No. 112386 del 15 de julio de 2010, se reconoce pensión de vejez compartida.

Si bien inicialmente el conocimiento del presente proceso lo tenía el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, el mismo mediante providencia del 5 de abril de 2019 declaró de oficio la falta de jurisdicción, y ordenó la remisión a los jueces laborales del circuito de Bogotá, por lo que el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. avocó el conocimiento, conservando la validez de lo actuado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en debida forma, Colpensiones dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; admitió los hechos relacionados con la vinculación del demandante a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; que el demandante cumplió 46 años de edad el 10 de octubre de 1994 y 15 años de servicio el 9 de marzo de 1994; que mediante Resolución No. 112386 del 15 de julio de 2010 se reconoció al actor pensión de vejez compartida, las peticiones elevadas a Colpensiones y sus contestaciones. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, genérica o innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 12 de mayo de 2021, resolvió absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, relevándose del estudio de las excepciones propuestas, condenando en costas a la demandante, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor en caso de no ser apelada la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación, bajo los siguientes argumentos:

“(...) Por no estar de acuerdo y muy respetuosamente con la decisión que acaba de impartir su despacho, me permito manifestar que interpongo

recurso de apelación, en tanto que ni la norma que establece que las pensiones reconocidas posteriormente al 17 de octubre del 85 es el Decreto 2789, como en el caso que nos ocupa, ni la jurisprudencia citada por su despacho, o por su señoría, hacen referencia en ninguna de las partes al planteamiento que se hace en el caso de que no sea posible el reconocimiento de la pensión de vejez compatible con la pensión de jubilación que fue otorgada de manera vitalicia, no hace referencia entonces a las semanas que cotizó antes del retiro mi representado, que son mas de 1.000 semanas que no se tienen en cuenta en ninguna de las partes que se hace referencia para la compartibilidad de las dos pensiones, o sea que quede solamente devengando la pensión de vejez compartida.

Por lo tanto, insisto en que a mi poderdante le asiste el derecho a que se tenga en cuenta ese tiempo, esas semanas cotizadas durante la vida activa como funcionario de la Caja Agraria para que se efectúe su devolución. De esto no se ha hecho ninguna referencia en el desarrollo de su exposición ni en las sentencias que usted citó como jurisprudencia, ni el Decreto 2789 de octubre del 2016 tampoco hace referencia a ese punto (...)". (sic)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora y la demandada Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y su contestación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo indicado en el recurso de apelación, el mismo se centra en determinar si como lo afirma la parte recurrente, la pensión de vejez y la pensión de jubilación son compatibles, y si deben tenerse en cuenta las semanas cotizadas durante la vida laboral como funcionario de la Caja Agraria, debiendo efectuarse su devolución, ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), que impone a la Sala estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso.

DE LA CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No fue materia de discusión por ninguna de las partes que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero reconoció al señor Álvaro Ignacio Ordoñez de los Ríos pensión de jubilación mensual y vitalicia a partir del 10 de octubre de 1995, en cuantía inicial de \$286.641,89, conforme lo dispuesto en el artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1992, vigente a la fecha de retiro del demandante, estableciéndose en dicho acto, que el disfrute de la prestación sería incompatible con la

percepción de cualquier otra asignación proveniente del tesoro nacional, salvo las excepciones legales.

Asimismo, no fue objeto de debate que el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 112386 dispuso conceder a favor del demandante la pensión de vejez, aclarando que, el valor del retroactivo será girado a nombre de la Caja Agraria, subrogándola de su obligación de continuar cancelando la pensión por ella concedida, quedando a su cargo el pago de la diferencia entre la pensión de jubilación y la pensión concedida por el ISS.

Con posterioridad, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones resolvió mediante Resolución GNR 201955 del 8 de agosto de 2013 la solicitud de reliquidación de vejez del actor, resolviendo negar la petición, en tanto no existían supuestos de hecho ni de derecho que permitieran variar la decisión; dicha administradora confirmó lo inicialmente dispuesto mediante Resolución GNR 195528 del 30 de mayo de 2014.

Aclarado lo anterior, considera el recurrente que le asiste razón, en cuanto debe otorgarse al señor Álvaro Ignacio Ordoñez de los Ríos pensión de vejez a partir del 10 de octubre de 2008, conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, alegando que ni la norma que establece que las pensiones reconocidas con posterioridad al 17 de octubre del 85 ni la jurisprudencia citada por el despacho, hacen referencia a que en el caso no sea posible el reconocimiento de la pensión de vejez, compatible con la pensión de jubilación.

DE LA COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES

Teniendo en cuenta el tema a dilucidar por parte de este colegiado, deberá aclararse que los términos de compatibilidad y compartibilidad no son sinónimos, y que, por el contrario, el primero se refiere a que ambas prestaciones pueden ser pagadas de manera individualizada, disfrutando el beneficiario de los diferentes reconocimientos pensionales, y que, la compartibilidad en cambio, hace referencia a que una vez el Instituto de Seguros Sociales empieza a pagar la pensión de vejez, comparte el valor de esta con la pensión de jubilación convencional pagada por la empleadora, siendo esta última la responsable del pago del mayor valor si lo hubiere.

A objeto de resolver el conflicto propuesto, se remite la Sala, en primer lugar, a la normatividad que regula la materia.

El Artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, dice:

“Los patronos inscritos en el instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de

jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación de seguir cotizando al Seguro de invalidez, vejez, y muerte, que trata el este artículo, solo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguro Social.

“La obligación de seguir cotizando al seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.”

“Parágrafo. - Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.”

A su turno el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, consagró:

“Artículo 18. *Compartibilidad de las pensiones extralegales.*
*Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, **causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.***

“PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando la respectiva convención, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de los Seguros Sociales”. Negrilla fuera del texto.

Precisado lo anterior, debe advertir este colegiado que el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones comparte las pensiones extralegales cuando estas se causen con posterioridad a la vigencia del Decreto No. 2879 de 1985, es decir, del 17 de octubre de 1985, sin que se evidencie que existe consentimiento expreso contrario, pues inclusive, en la Resolución No. 0486 del 24 de noviembre de 1995, a través de la cual la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero reconoce la prestación, se dejó en claro que la pensión sería

incompatible con la percepción de cualquier otra asignación proveniente del Tesoro Nacional, salvo las excepciones legales.

Frente al tema en cita, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en providencia SL4314-2022, rad. 90177, Mag. Ponente Dr. Luis Benedicto Herrera:

“(…) Sobre el fenómeno de la compartibilidad pensional, en casos como el presente, importa a la Sala traer a colación lo asentado en la sentencia SL4555-2020, cuyos razonamientos, mutatis mutandis, son aquí aplicables:

La Sala considera pertinente rectificar tal criterio, en el sentido de que la compartibilidad pensional prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, provoca que en adelante el pensionado reciba la prestación de vejez como único derecho pensional, pero preservando el mayor valor que resultare al hacerse la subrogación o compartibilidad pensional a cargo del empleador, de suerte que: i) los ajustes sobre el monto de la prestación a cargo del ISS (hoy Colpensiones) serán los que se dispongan para la pensión legal de vejez, esto es, los ajustes o incrementos normales de ley; y ii) en vista de que los reajustes pensionales del 15%, de que trata la Ley 4ª de 1976, constituyen un derecho convencional para los pensionados o jubilados de la demandada, según quedó visto al abordar el estudio del primer cargo, ese mayor valor o diferencia que deba asumir el empresario sí puede ser afectado con el reajuste controvertido, a efectos de que el pensionado no pierda el aludido beneficio convencional (...).”

Delimitado lo anterior, esta corporación considera que le asiste razón al a quo, en cuanto estableció que la prestación convencional y la de vejez eran compartibles, más no compatibles, teniendo en cuenta que estas fueron reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, por lo que claro está, que en la sentencia de primera instancia no se incurrió en los yerros alegados en el recurso de apelación, considerándose acertada la decisión de dicha autoridad judicial.

En suma, y si bien el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 estableció que la compartibilidad no sería aplicable cuando la convención colectiva hubiese dispuesto expresamente lo contrario, lo cierto es que dicha circunstancia no fue demostrada, por lo que no hay lugar al reconocimiento pleno de la pensión de vejez, tal y como se pretende en el presente litigio.

Por último, y si bien aduce el apoderado recurrente: *“(…) insisto en que a mi poderdante le asiste el derecho a que se tenga en cuenta ese tiempo, esas semanas cotizadas durante la vida activa como funcionario de la Caja Agraria para que se efectúe su devolución (...)*

(sic)”, lo cierto es que sus pretensiones se encontraban encaminadas al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de manera plena, por lo que no le asiste a esta corporación estudiar nuevas pretensiones encaminadas a la reliquidación o devolución de cotizaciones ya pagadas.

Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral en referencia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201900662-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 16 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **PEDRO ANTONIO DÍAZ LÓPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Angélica María Cure Muñoz, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional 369.821 del C.S.J., como apoderada de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Pedro Antonio Díaz López promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se sirva ordenar a quien corresponda la autorización del traslado a Colpensiones; que se ordene trasladar a esta entidad la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros durante el tiempo de afiliación; declarar la nulidad del traslado de régimen, y que se ordene a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 22 de enero de 1958, contando con 61 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que inició a cotizar al ISS desde el 23 de septiembre de 1993, y que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., por cuanto el asesor comercial que lo abordó en su empresa, le aseguró que su pensión al cumplir la edad de 60 años iba a ser superior a la que podría ofrecerle el ISS, sin mayor explicación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la petición elevada por el actor y su respuesta. 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.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS, la petición que se le elevó a la entidad y su contestación. Propuso las excepciones 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, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de mayo de 2022 el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Pedro Antonio Díaz López del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., que se hizo efectivo el 19 de mayo de 1998; ordenar a Porvenir S.A. a normalizar la afiliación del actor en el SIAFP y trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos los costos de las primas y de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; ordenar a Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante; declarar no probadas las excepciones de prescripción; condenando en costas a ambas demandadas, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES manifiesta diferir de las consideraciones de la sentencia de primera instancia, en tanto no se acreditaron las razones para declarar la ineficacia del traslado del régimen del señor Pedro Antonio Díaz, y que, por el contrario, se evidencia la aceptación voluntaria, libre y sin presión, la cual tuvo como consecuencia la suscripción del formulario, y que, de haberse incurrido en vicio del consentimiento alguno, el actor guardó silencio por más de 20 años, por lo que solicita se tenga en cuenta por parte de esta colegiatura, que la legislación en materia pensional estaba vigente para 1998, dado que para esa data los fondos privados no tenían la obligación de efectuar simulaciones, proyecciones, más allá de entregar información para vincular al afiliado y suscribir el formulario, además, que de existir un tipo de error, es deber de quien lo alega probarlo.

Igualmente, aduce que es importante tener en cuenta el nivel de educación y profesional del demandante, pues para la época ya era profesional, y si bien su profesión se aleja del sistema financiero pensional, si tenía pleno conocimiento de lo que significaba suscribir un contrato de administración de su pensión, y las consecuencias que este acarrearía.

En suma, indica que no es dable que luego de 20 años pretenda retrotraer los efectos de ese negocio jurídico, conducta negligente y desinteresada que tiene repercusiones como el hecho de aplicarse la prohibición de traslado de la Ley 100 de 1993, sin que deba pasarse por alto el principio constitucional de la sostenibilidad del sistema, en razón a que debe procurarse la sostenibilidad del sistema financiero.

PORVENIR S.A. manifiesta que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de la ineficacia del acto por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión tomada de forma consciente y espontánea se hizo con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por todas las normas que se hallaban vigentes para la fecha que se produjo, aunado a que el formulario suscrito cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la Superintendencia Bancaria.

Asimismo, que se aparta la entidad de la condena de devolver conjuntamente rendimientos, gastos de administración y gastos previsionales, pues no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, debiendo entenderse que los frutos dados de la administración de los recursos del demandante por parte de la entidad, tampoco se generaron.

Adicionalmente, la apoderada afirma que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen una destinación específica que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual, de tal suerte que dichas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley, no encontrándose en poder de la administradora, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de recursos aportados a la cuenta del demandante.

Que en lo que respecta al porcentaje de los aportes con destino a seguros de invalidez y sobrevivencia, debe tenerse en cuenta que estos fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas, con las cuales el demandante tuvo cobertura durante toda la afiliación, por lo que tampoco resulta pertinente una devolución de dichos montos.

Por último, que desestimada la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de valores a los que fue condenada la entidad, debe desestimarse la condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la parte actora como las demandadas allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y sus contestaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, y que por su calidad de profesional debía conocer **iii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de ineficacia y la orden de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **v)** si el demandante se encuentra inmerso en la prohibición para retornar al RPMPD, y **vi)** si debe exonerarse a Porvenir S.A. de la condena en costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que

encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que

su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 52 de la contestación de la demanda allegada por parte de Porvenir S.A. visible en el ítem 3 del expediente digital, obra copia del formulario de afiliación diligenciado el 19 de mayo de 1998, donde erróneamente se consignó que se trataba de una vinculación inicial, pese a que el actor, tal y como se demuestra con el expediente administrativo allegado por Colpensiones, estuvo allí vinculado inicialmente.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Pedro Antonio Díaz López asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando su condición de profesional, así como la permanencia en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es

oportuno, considerando la sala que su condición de profesional no lo hace experto en el tema pensional, y que podía tomar la decisión correcta sin ilustración alguna.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 19 de mayo de 1998 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce

a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por la apoderada de Porvenir S.A. para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Así mismo, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho

pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Pedro Antonio Díaz López en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105015201800667-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FABIOLA VILLALBA FERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

Fabiola Villalba Fernández promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional de fecha 23 de agosto de 2001 por existir un vicio en el consentimiento; que se condene a Protección S.A. a tramitar de manera inmediata el regreso automático al RPMPD, ordenándole además la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual, correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 24 de noviembre de 1961; que a partir del 23 de agosto de 2001 se hizo efectivo el traslado de régimen a la AFP Santander hoy Protección S.A.; que el formulario fue diligenciado de manera errada por la asesora de la AFP

Santander, pues en el mismo consta que fue una vinculación inicial, cuando lo correspondiente era que constara el traslado de régimen.

Refiere la demandante que el asesor de la AFP le manifestó que en dicho fondo su pensión sería más favorable, que se pensionaría antes, que el ISS se acabaría, y que le sería emitido un bono pensional como reconocimiento de sus aportes al ISS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Colpensiones, dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con que la demandante laboró para el municipio de Chipaque, que efectuó traslado de régimen, las peticiones presentadas y sus reclamaciones. Propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, solicitando la vinculación de la UGPP al proceso; como de mérito propuso las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, la demandada Protección S.A. remitió contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la reclamación elevada y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de abril de 2022, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado el día 23 de agosto de 2001 por la señora Fabiola Villalba Fernández, y en consecuencia, se ordenó trasladar a Colpensiones los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, correspondiente a aportes y rendimientos, teniéndose que para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado al RAIS; sin condena en costas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en caso de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpuso recurso de apelación de manera parcial, con respecto al no traslado de la totalidad de las cotizaciones, incluyendo gastos de

administración, pues al respecto la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la declaratoria de la ineficacia retrotrae las cosas al estado que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato celebrado; refiere que la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos y en virtud de ello, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión al negocio que transgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos jurídicos entre ellas y el vínculo que se rompió con la sentencia, considerando que el restablecimiento debe ser pleno o completo, habiendo lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones.

Así las cosas, solicita que esta corporación revoque la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar la devolución total de cotizaciones, incluyendo gastos de administración y demás emolumentos a su representada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora remite alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda, solicitando sea confirmada la decisión de primera instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sala estudiará lo pretendido, en particular, si Protección S.A está obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, y demás emolumentos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Así las cosas, y continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, se revocará y se accederá a lo apelado, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos

habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, reflexión que por tanto conduce a acceder a este punto de apelación. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen

erogaciones no previstas.”

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 26 de abril de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Fabiola Villalba Fernández, únicamente en cuanto no se accedió a la devolución de gastos de administración por parte de Protección S.A. con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para en su lugar, **ORDENAR** a Protección S.A. a trasladar además de los emolumentos indicados en la sentencia de primera instancia, los gastos de administración, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad surtida en dicha instancia judicial.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 26 de abril de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105005201600689-01**

**PEDRO ALEJANDRO SANTAMARÍA EN CONTRA DE LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Indexación primera mesada.

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Jhon Ferney Patiño Hernández, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.072.653.246 y tarjeta profesional 319.844 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Pedro Alejandro Santamaría llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pretendiendo que se declare que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta lo devengado entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre del 2000; que se indexe la primera mesada pensional, entre la fecha de retiro hasta la fecha en que se adquirió el status de pensionado; se condene a la demandada a pagar la diferencia entre el valor reconocido y el valor ajustado, sin que se disminuya el monto de la pensión, a lo ultra y extra petita, y costas judiciales.

Como fundamento de sus pretensiones señaló en síntesis, que nació el 18 de febrero de 1957, cumpliendo los 55 años de edad el 18 de febrero del

año 2012; que trabajó al servicio del estado en calidad de trabajador oficial en la entidad Promotora de Vacaciones Recreación Social – PROSOCIAL entre el 1 de marzo de 1979 al 31 de diciembre del año 2000; que entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre del año 2000 devengó como factores salariales la asignación básica, prima de antigüedad, horas extras, horas nocturnas, sobre los cuales efectuó aportes a pensión.

Refiere que la demandada Colpensiones mediante Resolución No. GNR 313339 del 21 de noviembre de 2013 reconoció a su favor la pensión; que al solicitar la reliquidación de la prestación, teniendo en cuenta el valor real de lo devengado, dicha entidad la negó, aduciendo que no había lugar a incremento alguno.

Considera el actor que no se tuvieron en cuenta los valores realmente devengados para efectos de liquidar el IBL.

CONTESTACIÓN

Notificada la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones. Frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante y las reclamaciones elevadas. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá con sentencia del 26 de enero de 2021, dispuso declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación, insistiendo en la tesis de que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones tenía la obligación de solicitar al empleador el pago completo de las cotizaciones pensionales, en el entendido de que también es una facultad de dicha entidad, pues como lo establece la ley, el ingreso base de cotización de los trabajadores oficiales debe incluir no solo la asignación básica, sino también la prima de antigüedad, las horas extras, dominicales y festivas, sin embargo, que al omitir la entidad tal obligación, debe a través de cálculo actuarial efectuar el cobro coactivo, y solicitar al Ministerio la

cotización completa para que se le reliquide la pensión, pudiendo acceder también a la indexación de la primera mesada pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez vencido el término, tanto la parte actora como la demandada Colpensiones guardaron silencio.

Si bien se evidencia que Colpensiones remitió memorial el día 8 de noviembre de 2022, en el mismo además de obrar sustitución de poder, obra memorial de celeridad procesal.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto, la sala deberá determinar, i) si Colpensiones tenía la obligación de realizar cobro coactivo al empleador del demandante, al no haberse efectuado las cotizaciones sobre la totalidad de los factores salariales devengados, y en caso afirmativo, ii) si procede la reliquidación pensional y la indexación de la primera mesada pensional.

DEL STATUS PENSIONAL

No fue materia de controversia por ninguna de las partes la condición de pensionado que ostenta el señor Pedro Alejandro Santamaría, la que en todo caso se encuentra plenamente acreditada con la copia de la Resolución GNR 313339 del 21 de noviembre de 2013, de la que se logra establecer que al actor le fue reconocida una pensión de vejez en cuantía inicial de \$832.579 a partir del 18 de febrero del año 2012, dando aplicación a la Ley 33 de 1985.

DIFERENCIA ENTRE MORA PATRONAL Y FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Dado que tienen causas y consecuencias distintas, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL14388-2015 Radicación n.º 43182 del 20 de octubre de 2015, M.P Dr Rigoberto Echeverri Bueno, grosso modo, precisó en cuanto a la mora del empleador en el pago del aporte, que se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro, ello por cuanto las administradoras de pensiones, y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores. Debiendo en consecuencia las administradoras demostrar que han adelantado el proceso de gestión de

cobro, porque si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

De otra parte, la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora; solución que es común para las tres hipótesis de omisión que pueden presentarse, a saber: **1)** Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social: A partir del 2014, la Corte definió, entre otras cosas, la responsabilidad de los empleadores frente a sus trabajadores por dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, imponiendo que los lapsos sin cobertura debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional. **2)** Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones. Por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el máximo tribunal laboral optó por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social. Y **3)** no afiliación por omisión pura y simple del empleador. Finalmente, ante estas situaciones, la Sala ha dado cabida al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

Así las cosas, afirma el actor de la demanda que laboró para la entidad Promotora de Vacaciones Recreación Social – PROSOCIAL entre el 1 de marzo de 1979 al 31 de diciembre del año 2000, tiempo en el cual la entidad efectuó las cotizaciones de manera ininterrumpida, situación que puede ser corroborada al examinar el expediente administrativo aportado por Colpensiones, sin embargo, la inconformidad del actor, gira entorno a que las cotizaciones no fueron canceladas teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales que debieron incluirse.

Resulta entonces importante la diferenciación previamente expuesta, y es que para el caso en concreto, no se evidencia mora del empleador, así como tampoco falta de afiliación, sin embargo, le atribuye el recurrente la responsabilidad a la administradora de pensiones de iniciar las acciones de cobro coactivo sobre los factores faltantes.

Revisadas las documentales aportadas al plenario por la parte activa, se evidencia la Resolución GNR 313339 del 21 de noviembre de 2013, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor Pedro Alejandro Santamaría en cuantía inicial de \$832.579 a partir del 18 de febrero de 2012; asimismo, se evidencia la Resolución GNR 353922 del 9 de octubre de 2014, a través de la cual se

niega la reliquidación pensional, y las Resoluciones GNR 63123 del 4 de marzo de 2015 y VPB 59313 del 1 de septiembre de 2015, a través de las cuales se resuelve el recurso de reposición y el de apelación respectivamente, confirmando en ambas la negativa frente a efectuar reliquidación alguna.

En suma, se aportó la solicitud de reliquidación pensional presentada ante Colpensiones el día 5 de mayo de 2014, el recurso de reposición y el de apelación, certificado de información laboral y certificación de salarios mes a mes.

Precisado lo anterior, y como previamente se estableció, analizada la historia laboral aportada por Colpensiones, se encuentra que Promotora de Vacaciones Recreación Social – PROSOCIAL entre el 1 de marzo de 1979 al 31 de diciembre del año 2000 efectuó de manera ininterrumpida el pago de los aportes a pensión, por lo que, contrario a lo manifestado por el recurrente, no existía motivación alguna por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para iniciar acciones dirigidas al cobro coactivo, máxime, cuando no se registra ningún periodo en mora, ni mucho menos falta de afiliación.

En conclusión, y teniendo en cuenta que el apoderado recurrente pretende que se efectúe el pago de las cotizaciones de los años laborados en Promotora de Vacaciones Recreación Social – PROSOCIAL, con la inclusión de factores salariales adicionales, a no dudarlo, el empleador debió ser llamado a juicio, pues no es dable atribuir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, total responsabilidad, aun cuando no existe prueba alguna de que previo al reconocimiento de la prestación pensional se le hubiese puesto en conocimiento de que las cotizaciones no se estaban efectuando de manera correcta de así considerarlo, para que en efecto, hubiese lugar a la verificación de si se debían iniciar acciones para el cobro de los mismos.

Así las cosas, procederá esta corporación a confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral incoado por el señor Pedro Alejandro Santamaría, conforme las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la demandada. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105010201900814-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 6 de mayo de 2022 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ELVA MARÍA PUENTES GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

Elva María Puentes Gómez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS, declarando además la nulidad de todos los traslados efectuados que se demuestren en el curso del proceso; que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el monto existente en la cuenta individual, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, así como gastos de administración, y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones; al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, intereses moratorios, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 24 de agosto de 1961, iniciando sus cotizaciones ante el ISS desde el 19 de noviembre de 1986; que fue trasladada a partir de marzo de 1998 a Protección S.A., sin que hubiese tenido información completa sobre su futuro pensional.

Que cumplió 57 años de edad el 24 de agosto de 2018, y que, de haber continuado afiliada al RPMPD, ya hubiese cumplido los requisitos mínimos para acceder a una prestación económica de vejez, con una mesada considerablemente superior a la que puede optar y recibir en el RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Colpensiones, dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la data en que inició sus cotizaciones en el ISS, la reclamación elevada ante la entidad y su contestación. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica.

Por su parte, la demandada Protección S.A. remitió contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, las peticiones elevadas a la entidad, y que a la fecha cuenta con más de 1.300 semanas de cotización. Propuso las excepciones de mérito 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de mayo de 2022, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a Colmena mediante la suscripción de afiliación realizada el 1 de marzo de 1998, ordenando el regreso automático sin solución de continuidad al RPMPD administrado por Colpensiones, quien deberá recibir y restablecer la afiliación de la demandante; condenar a

Protección S.A. a realizar la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos causados, devolución de gastos y cuotas de administración; condenar a Colpensiones a imputar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS, condenando a dicha administradora a reconocer y pagar a la señora Elva María Puentes la pensión de vejez a partir del 8 de mayo de 2019, al retroactivo pensional, declarando probada la excepción de inexistencia del derecho con relación a la pretensión de intereses moratorios, condenando en costas a Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Protección S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos.

COLPENSIONES aduce que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre las partes es nulo, toda vez que obran medios de pruebas que conllevan a concluir que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, con la totalidad de información requerida, sin que exista vicio alguno del consentimiento; asimismo, que el análisis de la información suministrada por la AFP debió valorarse bajo la normatividad vigente del momento en que se efectuó el traslado, pues no es jurídicamente válido imponer cargas que para dicha data no existían.

Refiere que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, por contar con más de 47 años de edad, y que, no hay lugar a reconocer la pensión de vejez, ni el retroactivo, en razón a que la administradora ha actuado bajo el principio de buena fe, solicitando la absolución de las pretensiones incoadas en su contra.

PROTECCIÓN S.A. presenta recurso parcial frente a la sentencia, en lo relativo a que se está ordenando a la AFP a devolver lo descontado por cuotas de administración y primas de reaseguro, toda vez que la comisión de administración no es solo un descuento autorizado, sino ordenado a los fondos de pensiones, el cual se utiliza para cubrir los gastos de administración y primas de seguro previsional; asimismo, que se evidencia que los aportes de la demandante obtuvieron rendimientos significativas, por cuanto fueron debidamente administrados; refiere que dicha condena está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de la demandante.

Manifiesta la recurrente que de existir total nulidad del acto jurídico, tampoco existirían los rendimientos de las cotizaciones efectuadas,

desconociéndose que el bien administrado produjo unas mejoras, considerando que no resulta lógico que las AFP giren de su propio patrimonio lo descontado por primas de seguros previsionales.

Considera la apoderada que frente al cobro destinado a comisión de administración si opera el fenómeno prescriptivo, por cuanto es un concepto de tracto sucesivo, porque este porcentaje no financia la pensión de vejez, y porque lo que se ha declarado imprescriptible en estos procesos es el acceso a buscar la declaratoria de la misma.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte actora remitió alegatos de conclusión, manifestando que dentro del proceso promovido se logró demostrar con las pruebas aportadas y practicadas en el trámite, que la demandante tiene derecho al traslado de régimen pensional por haber estado incurso en vicios en el consentimiento por parte de los fondos de pensiones demandados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** si Protección S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **v)** si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez y al pago del retroactivo causado, y **vi)** si debe declararse probada la excepción de prescripción. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda

silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las

consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que la demandada Protección S.A. no allegó el formulario de afiliación, observando además, que a través de la respuesta que otorgó a la demandante al derecho de petición presentado, se informó que los documentos de los afiliados al Fondo de Pensiones Colmena e ING, fueron entregados para su custodia y administración a una empresa contratada para tal efecto, sin embargo, que si bien se procedió a solicitar la búsqueda del formulario, el mismo no se encontró en los archivos, no siendo posible su entrega. Asimismo se recepcionó interrogatorio absuelto por la demandante, quien manifestó que su afiliación a Colmena se dio, cuando unos asesores se acercaron a las instalaciones de donde laboraba, quienes indicaron que Colpensiones se liquidaría, que tendrían una pensión muy favorable, que se pensionarían mejor que con el RPMD, que sería heredable; que la charla fue individual; que no le indicaron que podría realizar aportes voluntarios; que pudo hacerles preguntas al asesor; que se acercó a Protección S.A. a averiguar sobre su futuro pensional; que conoce las condiciones bajo las cuales se pensionaría en ambos regímenes; que le informaron que el bono pensional pasaba después de cierto tiempo al fondo privado; que no le informaron que en algún momento podrían no causarse rendimientos.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Protección S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Elva María Puentes Gómez asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida,

realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación firmado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, y el cual no reposa en el plenario, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes

pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Protección S.A. el 1 de marzo de 1998 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, así como el traslado entre fondos, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de

julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin

importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DE LA DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Como quiera que la a quo, con ocasión a la declaratoria de validez de la selección y traslado de régimen pensional, accedió en el ordinal quinto del fallo atacado al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Elva María Puentes Gómez a cargo de Colpensiones, habrá de revocarse la referida condena en la medida que si bien es cierto por virtud del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM de la actora es Colpensiones, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a ésta no se puede ordenar al interior de esta actuación, pues se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. en la medida que es con sujeción a ellos que Colpensiones puede proceder a actualizar la historia laboral de la afiliada, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de Colpensiones sin contar aún con dichos recursos implicaría una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de las valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Costas de esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado del recurso. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia proferida el 6 de mayo de 2022 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Elva María Puentes Gómez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en cuanto dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez y el pago del retroactivo pensional, para en su lugar absolver a la demandada Colpensiones de dichas pretensiones, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

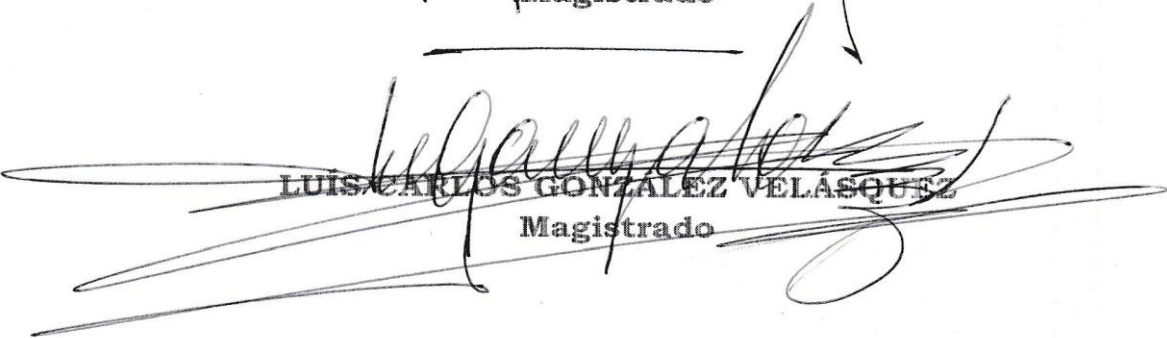
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Protección S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105026201900814-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas Porvenir S.A. y Skandia S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HERCILIA DEL PILAR CONTRERAS MARTÍNEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con la vinculación de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** en calidad de llamado en garantía.

ANTECEDENTES

Hercilia del Pilar Contreras Martínez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., pretendiendo que se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen realizado el 1 de octubre de 1997 a Porvenir S.A.; que se ordene a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; que se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 24 de abril de 1965; que se afilió al sistema general de pensiones con el ISS el 3 de mayo de 1990; que para el 1 de octubre de 1997 se trasladó a Porvenir S.A., sin que dicha decisión hubiese estado precedida de la suficiente ilustración de las ventajas y desventajas sobre el cambio, por lo que no existe consentimiento, libertad y voluntariedad.

Asimismo, que posteriormente se trasladó a Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., entidad que al interior del proceso llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., quien compareció en tal calidad al interior del mismo.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Skandia S.A., dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, en su totalidad manifestó no constarle o ser parcialmente ciertos; aceptó que la demandante se trasladó a la entidad, pero en dos ocasiones diferentes, que registra 230 semanas en el RPMPD, y que en el sistema general de pensiones cuenta con un total de 1.367,29 semanas cotizadas. Propuso las excepciones de fondo que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos manifestó únicamente no ser cierto o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos manifestó en su mayoría no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y el traslado al RAIS. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. allegó contestación, oponiéndose a todas las pretensiones; frente a los hechos manifestó en su totalidad no constarle. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2022, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por la señora Hercilia del Pilar Contreras Martínez al RAIS; condenar a Skandia S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenar a Porvenir S.A. a trasladar los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la actora; condenar a Colpensiones a que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declarar no probadas las excepciones propuestas; absolver a Mapfre Seguros de Vida de todas las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a Porvenir S.A. y Skandia S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas Skandia S.A. y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. presenta recurso frente a la sentencia, manifestando que el traslado efectuado por la demandante fue eficaz y válido, máxime, cuando no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, pues no se alegó, y mucho menos se probó alguna de las causales establecidas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico es eficaz, por lo que para la reclamación del presente proceso se encuentra prescrito.

Refiere que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico, aunado a que el mismo no fue tachado de falso, no pudiendo desconocerse ni restarle valor.

Asimismo, que la demandante en su interrogatorio manifestó que le fue otorgada información cuando efectuó el traslado, que no le surgieron dudas, y que presentó la demanda por una mera expectativa pensional, más aún, cuando ratificó su decisión realizando traslados horizontales.

Argumenta la recurrente que no es posible imponer cargas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la vinculación, pues se constituiría una violación al debido proceso y confianza legítima.

Que de confirmarse la sentencia de primera instancia, no se puede desconocer que la entidad realizó una buena administración de los recursos que le fueron entregados, y que no es posible trasladar los dineros por concepto de gastos de administración, pues se constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, aún más, cuando los mismos se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

SKANDIA S.A. presenta recurso de apelación, únicamente en lo referente a la devolución de los gastos de administración, y en consecuencia, de la absolución de la aseguradora Mapfre de todas las pretensiones contenidas en la demanda de llamamiento en garantía, por cuanto en el Decreto 3995 de 2008, artículo 8, se señala cuáles son los aspectos o emolumentos que deben trasladarse en el evento de que opere un traslado de régimen, como en el presente proceso.

Solicita la apoderada de la recurrente, que se revoque la decisión de trasladar los gastos de administración, en especial los porcentajes pagados para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivientes.

Que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, solicita que se estudie la prescripción que recae sobre los gastos de administración, dado que debe entenderse que existen dos tipos de relaciones contractuales que son simultaneas: una la existente entre la AFP y la afiliada y otra entre la AFP y la aseguradora, esta última, la cual se rige sobre un contrato de seguro previsional, el cual debe regularse bajo los parámetros del Código de Comercio, donde se contempla que la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguros prescribe en dos años, por lo que, solicita se declare probado el fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta el lapso de los dos años.

Asimismo, refiere que su recurso de apelación también se dirige a la absolución de la llamada en garantía, dado que contrario a lo motivado, si bien es cierto que no se está determinando una contingencia de invalidez o muerte, no debe perderse de vista que los efectos de este tipo de procesos está conllevando un traslado de gastos de administración, y por ende, debe analizarse las consecuencias jurídicas, lo cual es, dejarse sin efecto el contrato de seguros previsionales que surgió entre las partes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada Porvenir S.A. allegó alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en su escrito de contestación y las alegaciones presentadas en el transcurso del proceso, pidiendo así, la absolución de la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de

régimen, **iii)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si el interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **v)** si el traslado entre fondos sana la nulidad del traslado de régimen, **vi)** si Porvenir S.A y Skandia S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, y **vii)** si debe condenarse a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. a devolver las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS). Asimismo, y en razón a que la demandada Colpensiones no presentó recurso de apelación, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como

*emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*"En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada***.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester

determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en el ítem 2 del expediente digital, obran formularios de afiliación a Skandia S.A. diligenciados por la demandante los días 16 octubre de 2007 y 21 de marzo de 2018; asimismo, que en el ítem 3 reposan los formularios de afiliación a Porvenir S.A. los días 21 de agosto de 1997, y 5 de agosto de 2009. Asimismo, se recepcionó interrogatorio de parte de la señora Hercilia del Pilar Contreras, quien manifestó que el traslado a Porvenir S.A. se dio cuando una persona de recursos humanos de la empresa para la que laboraba, los invitó a una reunión con un asesor de dicha AFP, donde se les indicó que debido a que el seguro social se iba a acabar la mejor alternativa era Porvenir, donde tendrían una mejor pensión, que firmó el formulario de afiliación voluntariamente, que no efectuó preguntas en la asesoría, que no le explicaron sobre los rendimientos ni como podría obtener mayor mesada; refiere que en el año 2009 la empresa para la que trabajaba le indicó que Porvenir S.A. era el fondo con el cual

trabajarían, que no solicitó reasesoría, que no presentó ningún reclamo ante la entidad, que no presentó manifestación alguna a recursos humanos por suministrar su información, que a la fecha no se encuentra pensionada, que no estuvo presente ningún promotor de Skandia S.A. al momento de su afiliación, y que fue una persona de recursos humanos quien le suministró el formulario.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Hercilia del Pilar Contreras Martínez asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación firmado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara,

precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 21 de agosto de 1997 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, así como el traslado entre fondos, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con

ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del

Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, frente a la petición de la recurrente Skandia S.A. sobre condenar a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. para que efectúe la devolución de lo cancelado por concepto de seguros previsionales, desde ya establecerá la sala, que es la AFP la entidad encargada de efectuar la devolución de los gastos de administración, incluidos dichos valores, con cargo a su propio patrimonio tal y como lo dispuso el juez de primera

instancia, y es que no puede desconocerse que la ineficacia del traslado que ha sido declarada en el presente proceso, corresponde a la conducta indebida de la administradora, lo que no conllevaría a afectar a un tercero que no ha actuado de mala fe.

Inclusive la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en Sentencia SL562-2022, rad. 87239, del 27 de abril de 2022, Mag. Ponente Dr. Gerardo Botero Zuluaga, reiteró lo expuesto en la Sentencia SL del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, donde se indicó que:

“(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Es por lo anterior, que no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia frente a lo apelado por Skandia S.A.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por Hercilia del Pilar Contreras Martínez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantías S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

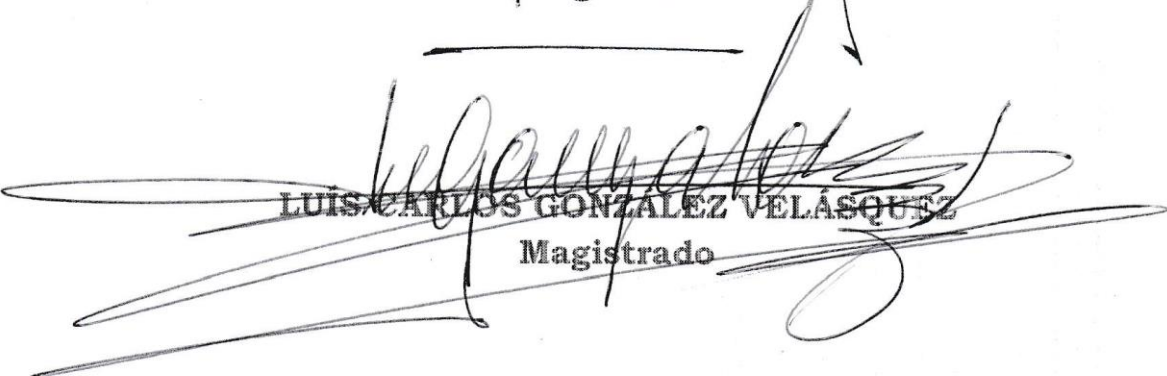
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Skandia S.A. y Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 023 2021 00109 01

Víctor Julio Arévalo vs. Juan Manuel Rodríguez Garzón y otro.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia condenatoria proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de consulta sobre los puntos no apelados a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Víctor Julio Arévalo, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra Juan Manuel Rodríguez Garzón y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 15 de enero de 1988 al 30 de marzo de 1992 con el primero de ellos y, en consecuencia, se ordene al pago del cálculo actuarial de las cotizaciones a seguridad social en pensiones por el mismo periodo sobre la base de un salario mínimo legal vigente mensual, y respecto de la segunda demandada, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes regida por la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición, a partir del 14 de junio de 2004, más los intereses moratorios legales, la indexación y las costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que prestó servicio militar obligatorio entre el 22 de julio de 1964 y el 28 de mayo de 1966, y a raíz de una acción de tutela tramitada en el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá, el



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Ejército Nacional le contestó la solicitud de actualización de su historia laboral elevada el 23 de octubre de 2015 y le expidió la certificación No. CERT2016-4623 sobre el reconocimiento de 95 semanas de cotización al subsistema de pensiones.

Indicó que laboró como conductor y oficios varios al servicio del demandado Juan Manuel Rodríguez Garzón en el establecimiento de comercio de su propiedad denominado 'Banquetes Cordon Blue Center' del 15 de enero de 1988 al 30 de marzo de 1992, pero no le cotizó ninguna de las 218 semanas de rigor.

Afirmó que nació el 13 de junio de 1944 y cumplió la edad de 60 años el mismo día y mes de 2004, que acudió al Centro de Atención de Pensiones Bulevar del extinto ISS – Seccional Cundinamarca, y le informaron que no tenía derecho a la pensión de vejez, por lo que le dieron un formato preimpreso en el que él manifestaba su imposibilidad de continuar con las cotizaciones a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y con Resolución No. 032565 del 25 de octubre de 2004 le reconocieron la indemnización sustitutiva de esa pensión por la suma de \$3.633.695.

Señaló que el 14 de julio de 2015 elevó una petición a Colpensiones para obtener una certificación sobre su afiliación, ciclos de cotización y semanas cotizadas, pero como no recibió respuesta oportuna, decidió interponer una acción de tutela, por lo que en cumplimiento del fallo de segunda instancia, el 20 de octubre del mismo año, esa entidad le certificó que estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 29 de septiembre de 1967 con estado de *"novedad de pensión"*.

Expresó que con escrito radicado No. 2016_5354434 del 25 de mayo de 2016 solicitó que se revocara el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y, en su lugar, se reconociera la pensión de vejez, con inclusión de las 95 semanas del servicio militar obligatorio y 218 semanas laboradas con Juan Manuel Rodríguez Garzón desconocidas en la resolución anterior, pero como tampoco recibió respuesta, instauró otra acción de tutela y en cumplimiento del fallo de segunda instancia, Colpensiones emitió la Resolución No. GNR293568 del 4 de noviembre de 2016, confirmada por las Resoluciones No. GNR24124 del 19 de enero de 2017 y VPB6650 del 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual negó la prestación, por una presunta incompatibilidad con la indemnización sustitutiva reconocida y por no acreditar presuntamente las 1300 semanas requeridas en ese momento.



Agregó que durante su vida productiva, laboró en varias empresas de transporte, así como en otras del sector de alimentos, con las cuales cotizó 783 semanas; y que en la actualidad tiene 76 años, está sin empleo y sin cobertura de seguridad social.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda porque el demandante no demostró en sede administrativa la existencia del vínculo laboral con el presunto empleador Juan Manuel Rodríguez Garzón y, por lo mismo, no alcanzó a completar las 1028 semanas o 20 años de servicio que exige la Ley 71 de 1988 para ser acreedor de la pensión de jubilación reclamada. Solicitó, en todo caso, que si por alguna razón se encuentra configurado el derecho, se tenga en cuenta que el extinto ISS mediante Resolución No. 032565 del 25 de octubre de 2004 reconoció al demandante una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que debe ser descontada con su correspondiente indexación *“para evitar un doble pago por el mismo concepto”*. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 71 de 1988, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción, compensación y solicitó declarar probada cualquier hecho que así lo configure.

2.2. Por auto proferido el 25 de noviembre de 2021, el juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte de Juan Manuel Rodríguez Garzón (archivo08).

3. Sentencia de primera instancia.

El Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022, declaró que entre el demandante y Juan Manuel Rodríguez Garzón existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia del 1º de agosto de 1988 al 30 de marzo de 1992, en virtud del cual prestó sus servicios como conductor, a cambio de un salario mínimo legal vigente mensual y, en consecuencia, lo condenó al pago del cálculo actuarial por las cotizaciones a seguridad social en pensiones por ese periodo con destino a Colpensiones; condenó a la entidad de seguridad social a reconocerle al demandante la pensión de vejez regida por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por virtud del régimen de transición, a partir del 4 de febrero de 2017, en cuantía de 1 salario mínimo legal vigente mensual y en 14 mesadas al año, *“la cual deberá comenzar a pagarse solamente hasta dentro de los*



cinco días siguientes a la recepción del pago por parte de la administradora del cálculo actuarial”, previo descuento de la suma indexada de \$3.633.695 reconocida por concepto de indemnización sustitutiva; declaró totalmente probada la excepción de inexistencia de intereses moratorios y parcialmente demostrada la de prescripción; absolvió a Colpensiones de las restantes pretensiones; e impuso condena en costas.

4. Recursos de apelación. Inconformes con la sentencia, tanto la parte demandante como Colpensiones presentaron recurso de apelación.

4.1. Recurso de apelación de la parte demandante. Lo sustentó así: *“(…) respecto a la condición que el señor juez impone de que únicamente deberá comenzar a pagarse la pensión a partir del momento en que Juan Manuel Rodríguez pague el cálculo actuarial. Las razones de desacuerdo de ese condicionamiento consisten en que es Colpensiones quien debe iniciar las acciones ejecutivas contra el señor Juan Manuel Rodríguez para exigir el pago de ese cálculo actuarial, y no debería condicionarse en esa medida que el señor Juan Manuel Rodríguez pague el cálculo actuarial para que el señor Víctor Julio Arévalo comience a devengar la pensión (...) que le corresponde. Solicitamos que el Tribunal (...) reconsidere esa decisión y en la medida que es Colpensiones quien legalmente está obligado a iniciar las acciones judiciales para que un empleador que incurre en mora en el pago de la seguridad social realice los pagos a los cuales está obligado, se conceda la pensión (...) desde el mismo momento de ejecutoria de la presente sentencia. También interponemos recurso respecto al numeral cuarto de su decisión en el cual señala que se ha producido el fenómeno de prescripción respecto a ciertas mesadas ocurridas desde el año 2004, y que únicamente se deberán pagar las mesadas desde el 4 de febrero de 2018. Contra la prescripción parcial de esas mesadas pensionales, considero que no es aplicable prescripción de las mesadas porque la pensión no se otorgó precisamente porque la entidad de seguridad social erró e hizo incurrir en error al demandante, y la pensión solo se está reconociendo hasta ahora, y dicho retraso no es imputable al demandante, sino precisamente a la entidad de seguridad social que no realizó diligentemente la asesoría que tenía que realizarle o que prestarle (...) y con base en esa falta de asesoría (...) se ocasionó que efectivamente que el señor Víctor Julio Arévalo no accediera a su pensión desde el año 2004, fecha en la cual, de haber sido la entidad diligentemente en la asesoría, que por mandato legal tiene que prestar a cada uno de sus afiliados, en la medida en que omitió ese deber de asesoría no debería aplicársele la prescripción de esas mesadas pensionales (...) De lo contrario sería exigirle mayor diligencia a una persona que como Víctor Julio Arévalo no alcanzó a cursar ni siquiera los primeros año de primaria y exonerar a una entidad a la cual se le debe exigir una mayor diligencia en la asesoría, en la medida en que tiene un mandato legal para ello, razón por la cual consideramos que en este caso la prescripción de esas mesadas pensionales es una carga que no debe soportar, y por el contrario, de reconocerse la prescripción (...) se estaría favoreciendo a Colpensiones cuando realmente fue quien incurrió en una omisión de mandato legal de asesoría (...)”.*

4.2. Recurso de apelación de Colpensiones. Lo sustentó así: *“Interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia (...) en el sentido que ordena el reconocimiento de la prestación de vejez del demandante. Lo anterior hace referencia a que Colpensiones no reconoce la prestación de vejez del demandante puesto que hasta la fecha incluso no tiene el pago de los aportes completos*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

del mismo, situación que resulta imposible para Colpensiones adelantarse a un futuro (...) de un fallo judicial y que además al demandante se le hizo el pago de la indemnización sustitutiva a que hay lugar. De igual manera, se manifiesta que si bien el demandante manifiesta abiertamente, lo hizo en la audiencia pasada, y lo hace hoy (...) pues resulta clara que él entendía perfectamente las implicaciones que tenía el recibo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez ya que pues la ley misma establece como requisito de la solicitud de la misma la manifestación de no ser cotizando, la cual tuvo que hacerse necesariamente para la obtención de esta indemnización sustitutiva (...) razón por la cual de la forma más respetuosa solicito al Tribunal (...) no condenar a Colpensiones dentro de las pretensiones de la demanda y no condenarlo en costas”.

4.3. Recurso de apelación del demandado Juan Manuel Rodríguez Garzón. Lo sustentó así: *“(...) en la falta de recursos económicos por parte de mi cliente para poder cumplir con la obligación. Aparte que no tiene un soporte económico para poder llegar hacer el cumplimiento de esto. Y por otra parte en la falta del tema probatorio por el contrato, porque no cumplió requisitos. Simplemente se basa en una mera constancia que se le dio por la buena voluntad por parte de mi cliente, y sobre eso se está basando la sentencia. Por una simple constancia que se dio, fue por la voluntad que hicieron las partes, pero nunca hubo ese contrato”.*

5. Grado jurisdiccional de consulta. Comoquiera que la sentencia de primera instancia resultó adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, entidad descentralizada en la que la Nación es garante de las obligaciones pensionales a su cargo, se resolverá el grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que reformó el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

6. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido en segunda instancia, las partes intervinieron y presentaron alegaciones, de la siguiente manera:

6.1. De la parte demandante. Insistió en que debe revocarse el condicionamiento de la sentencia sobre el pago del retroactivo pensional dentro de los 5 días hábiles siguientes al pago del cálculo actuarial por parte del empleador y concederse la prestación a partir del 13 de junio de 2004 sin consideración a la excepción de prescripción por tratarse de un error inducido por parte de Colpensiones.

6.2. De Colpensiones. Solicitó que se absuelva a la entidad porque el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada, primero porque no es beneficiario del régimen de transición y, segundo, porque no completó la densidad de cotizaciones requerida para ello, sino únicamente 875,86 semanas. Refutó la veracidad de la declaración extrajuicio rendida por Leonarda Ardila López, quien refirió haber prestado servicios para el codemandado desde el



año 1982, cuando este último solo se inscribió en el registro mercantil desde el 2 de agosto de 1984 y la sociedad 'Casa de Banquetes Club Cordon Blue Center' solo tuvo matrícula vigente del 16 de enero de 2001 al 27 de diciembre de 2002. Puso de presente que del 15 de enero al 22 de junio de 1988 el demandante mantenía una relación laboral con el empleador 'Republicano de Trans', en simultáneo con el empleador 'Univ Automoto de Tran' del 15 de enero al 28 de julio de 1988.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **1)** ¿Desacertó el juez a quo al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes entre el 1.º de agosto de 1988 y el 30 de marzo de 1992?; **2)** ¿La falta de recursos económicos del empleador demandado es argumento suficiente para exonerarlo del pago de la condena por concepto del cálculo actuarial?; **3)** ¿Se equivocó el juez a quo al declarar que el demandante tiene derecho a la pensión de vejez con sujeción al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuantía de un salario mínimo legal vigente mensual en 14 mesadas al año, a partir del 13 de junio de 2004?; **4)** ¿El reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez hace improcedente el reconocimiento de la pensión de vejez?; **5)** ¿La falta de asesoría e información de la entidad reconocedora de la pensión hace que la excepción de prescripción sea inoperante? ; ¿La falta de asesoría de la entidad de seguridad social hace inoperante la excepción de prescripción de las mesadas pensionales? y **6)** ¿El pago del retroactivo pensional debe estar supeditado al pago efectivo del cálculo actuarial del empleador omiso?.

8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada y consultada será **revocada parcialmente** en cuanto condicionó el pago de la pensión de vejez al pago efectivo del cálculo actuarial, y **adicionada** para autorizar el descuento de aportes en salud del retroactivo.

9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 17, 22, 33, 35, 36 y 143 de la Ley 100 de 1993; art. 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado Decreto 758 de 1990; arts. 281 y 282 CGP; art. 42 Decreto 692 de 1994; CSJ SL, 24 feb. 2010, rad. 32322; CSJ SL38666-2013; CSJ SL16086-2015; CSJ SL14388-2015; CSJ SL4735-2017; CSJ SL17514-2017; CSJ SL1515-2018; CSJ SL2353-2020; CSJ SL3093-2020; CSJ SL1575-2021; CSJ SL3801-2021; CSJ SL5659-2021; CSJ SL3401-2022; CSJ SL4296-2022; CSJ SL4282-2022.



Consideraciones.

A continuación, por cuestiones de método esta Sala procede a darle solución a los problemas jurídicos planteados en el siguiente orden:

¿Desacertó el juez a quo al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 1.º de agosto de 1988 al 30 de marzo de 1992?

Para resolver sobre esta inconformidad, sea lo primero precisar que el juez a quo no fundó su decisión de declarar el vínculo laboral **únicamente** en la certificación laboral aportada, sino también en la prueba testimonial y en la confesión que hicieron las partes durante la audiencia, como se mostrará a continuación:

Leonarda Ardila López dijo que conoció al demandado porque laboró para él desde el año **1982** como cocinera y oficios varios y al demandante porque él llegó a trabajar como conductor de una camioneta suya en el segundo semestre de **1988** (julio o agosto) hasta el mes de marzo de **1992**, cuando ambos decidieron retirarse del lugar por decisión personal, y no por algún problema con el demandado. Pese a que la deponente aceptó mantener una relación sentimental con el demandante desde el año **1989** – fecha que recuerda por la muerte de Luis Carlos Galán – ello no significa que deba restársele credibilidad a su dicho porque, tal como ella lo narró, también laboraba en el lugar e, incluso dio detalles sobre la jornada de lunes a domingo que se cumplían, sin incurrir en imprecisiones y/o contradicciones, con lo cual se entiende satisfecha y cumplida la razón de la ciencia de su dicho.

El **demandado**, en su interrogatorio, no negó conocer al demandante, por el contrario, lo aceptó. De hecho, aseveró más adelante que le estuvo colaborando varios años atrás como ‘conductor personal’ o ‘chofer’ por aproximadamente entre 2 años o 2 años y medio. No recordó exactamente las fechas, ni cuánto le pagaba, pero sí que ese servicio se daba de lunes a sábado de 8 a. m. a 5 p. m., sin que en algún momento lo hubiera afiliado a la seguridad social porque el contrato era verbal y eso era lo que habían acordado. Incluso, reconoció haber expedido la certificación que se cuestiona porque hace 5 o 6 años el demandante le pidió el favor que lo hiciera porque iba a laborar con otro empleador, aunque posteriormente refutó que los tiempos allí indicados no se ajustaban a la realidad. Es más, cuando se le pidieron pormenores de la labor realizada por el trabajador, explicó que conducía una camioneta Chevrolet “*muy parecida a la bronco, pequeña*” que compró entre 1977 y



1978 y con la que duró cerca de 10 años hasta que se la hurtaron y, además, que se encargaba del alistamiento de cubiertería y vajillas u oficios varios, mientras tenía a su cargo el establecimiento de comercio 'Cordon Blue', del cual admitió haber operado durante 25 años y sin estar inscrito algún tiempo en el registro mercantil.

El **demandante**, en su declaración, narró que conoció al demandado porque fue su patrón entre **1988** y **1992** y aceptó haberle pedido la certificación porque iba a ingresar a laborar con la empresa Claro. De los extremos temporales, relató no saber de dónde los habían sacado, pero, aun así, no le vio problema en recibir el documento porque coincidía con los años que asegura haberlo hecho. Posteriormente, aclaró que no habían sido solo 2 años, sino 4, y lo recuerda porque cuando llegó a laborarle en el negocio tan solo habían transcurrido 20 días desde que había salido de la 'Universal de Transporte' a mediados de julio de **1988**. Finalizó su relato con que el servicio siempre fue continuo y se prolongó hasta el mes de marzo de **1992**, sin que hubiera tenido inconvenientes con el demandado.

La certificación laboral expedida el 19 de octubre de 2015 por el mismo demandado revela que el demandante sí le prestó servicios personales como 'conductor' en su empresa de banquetes 'Cordon Blue Center' *"demostrando ser una persona honesta, responsable y cumplidor de su deber"* hasta el **30 de marzo de 1992** (p. 90, archivo01).

Frente al mérito probatorio de las constancias o certificaciones emitidas por un empleador, la jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que el juez laboral debe tener como un hecho cierto su contenido sobre temas relacionados con el servicio, tiempo y/o remuneración, en razón a que no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Lo adecuado es que en estos casos sea el empleador quien asuma la carga de probar en contra de lo certificado, y esa prueba debe ser tal contundencia que no deje asomo de duda de que lo allí contenido es completamente contrario a la realidad (CSJ SL, 24 feb. 2010, rad. 32322; CSJ SL38666-2013; CSJ SL4735-2017; CSJ SL17514-2017; CSJ SL4296-2022).

Debido a que el demandado no contestó la demanda, ni solicitó pruebas, en realidad no pudo desvirtuar las afirmaciones contenidas en el documento que se endilga, y este, en complemento de la prueba testimonial y su mismo interrogatorio, son suficientes para concluir que no desacertó el juez a quo cuando declaró la existencia



del contrato de trabajo y armonizó los extremos temporales; más cuando de la declaración del demandante no se advierte confesión de algún hecho que fuera adverso en torno a la materialización del servicio durante la época.

En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en este aspecto.

¿La falta de recursos económicos del demandado es argumento suficiente para exonerarlo del pago de la condena por concepto del cálculo actuarial?

Dispone el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 que durante la vigencia de la relación laboral deben efectuarse las cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones con base en el salario que devengue el trabajador. Por su parte, el artículo 22 ibidem señala que es responsabilidad del empleador el pago de la cotización pensional conformada por su aporte y el del trabajador, previo descuento del salario de este último, para transferirlo a la entidad respectiva.

La jurisprudencia de nuestro órgano de cierre ha precisado que cuando se evidencie que un empleador no afilió a un trabajador al sistema general de pensiones, le corresponde asumir el pago de las cotizaciones por todo el periodo laboral omitido, a través del denominado cálculo actuarial, sin importar que el contrato de trabajo esté vigente o no, a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL4282-2022).

De lo dicho, es claro que ni la legislación, ni la jurisprudencia, han admitido como argumento la falta de recursos económicos del empleador para exonerarlo de la obligación de pago a su cargo; menos cuando, se sabe, la seguridad social es un derecho irrenunciable e imprescriptible, a la luz del artículo 48 constitucional.

Bajo tales circunstancias, habrá de confirmarse la sentencia también en este punto.

¿Se equivocó el juez a quo al declarar que el demandante tiene derecho a la pensión de vejez con sujeción al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuantía de 1 salario mínimo legal vigente mensual, en 14 mesadas pensionales al año?

Para dar solución al siguiente interrogante, una cuestión inicial por destacar es que el demandante sí es beneficiario del régimen de transición contemplado en el



artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque, al 1º de abril de 1994, tenía 49 años si se tiene en cuenta que nació el 13 de junio de 1944 e, incluso, y aun cuando no le es exigible el requisito previsto en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, contaba con **870** semanas cotizadas, incluido el tiempo del servicio militar, tal como quedó definido en la resolución No. VPB6650 del 20 de febrero de 2017 (pp. 57-63, archivo01).

Lo anterior, sin duda, le permite pensionarse por vejez con arreglo en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normativa con la que jurisprudencialmente es viable acumular tiempos públicos y privados (CSJ SL3801-2021), según el cual se requiere tener 60 años o más si se es hombre y un mínimo de 500 semanas cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o haber sufragado 1000 semanas en cualquier tiempo.

El requisito de la edad está acreditado tanto con el registro civil de nacimiento como con la cédula de ciudadanía aportada, donde consta que el demandante nació el 13 de junio de 1944, por lo que cumplió la edad mínima de 60 años, ese mismo mes y día, pero del año **2004** (pp. 59-60, archivo01 y 94-95, archivo07).

Del requisito de densidad de cotizaciones, se señala que este se encuentra satisfecho, en razón a que si se le suma el tiempo sobre el cual versa el cálculo actuarial que debe asumir el empleador omiso de **191 semanas** a las **870 semanas** que aparecen contabilizadas en la resolución No. VPB6650 del 20 de febrero de 2017, con inclusión del servicio militar prestado del 26 de julio de 1964 al 30 de mayo de 1966 (pp. 57 – 63, archivo01 y 237-243, archivo07), se obtiene **1061 semanas** cotizadas al 31 de julio de 2000, que corresponde al último ciclo reportado.

En este punto, se resalta que, aun cuando en el reporte tradicional de semanas cotizadas y en la Resolución No. 032565 del 24 de octubre de 2004 solo aparecen contabilizadas **779 semanas** (pp. 86-89 y 93, archivo01 y 97-107, archivo07), ello no impide que esta Sala, con fundamento en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dé mayor valor persuasivo al contenido del acto administrativo en comento, si se toma en cuenta que, al verificar los tiempos que aparecen reportados como sufragados en las historias laborales unificadas expedidas el 9 de diciembre de 2016 y 3 de agosto de 2021 (pp. 52-56, 123-124 y 136-137, archivo07), así como en las resoluciones No. GNR293568 del 4 de octubre de 2016 y GNR24124 del 19 de enero de 2017 (pp. 45-56, archivo01 y 229-236, archivo07), sumados con el servicio militar prestado, el que, dicho sea de paso, está



certificado por el Ministerio de Defensa Nacional (pp. 73-80, archivo01 y 61-66,82-87 y 115-120, archivo07), se obtiene una cantidad muy similar a la antes referida.

Densidad de cotizaciones	Fecha inicio	Fecha final	Semanas
Servicio militar	26/07/1964	30/05/1966	95
Historia laboral unificada	29/09/1967	31/07/2000	780,86
Cálculo actuarial	01/08/1988	30/03/1992	188,43
Semanas cotizadas			1064,29

De esta manera, y en aplicación del parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, a efectos del cómputo de las semanas para la pensión de vejez, se tienen en cuenta estos tiempos laborados.

Sobre el particular, la jurisprudencia ordinaria laboral ha adocinado que, en desarrollo de los principios de la seguridad social como lo son los de la universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, todas las hipótesis de omisión en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, y es la que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotización, con la obligación correlativa del empleador de pagar el cálculo actuarial que corresponda (CSJ SL2353-2020).

De modo que, no encuentra la Sala razón alguna para avalar la postura de Colpensiones sobre la falta de cumplimiento de los requisitos legales para ello.

Respecto de la cuantía de la pensión, hay que decir que, independiente del ingreso base de liquidación que se utilizara, su monto no puede ser inferior al mínimo legal vigente mensual, tal como lo contempla el artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

En lo atinente a la fecha de causación, se advierte que, si bien el demandante completó las semanas de cotización requeridas, solo cumplió la edad mínima pensional el **13 de junio de 2004**, por lo que es esta la data de su estructuración.

Lo dicho da lugar para aseverar que la prestación debe ser concedida, tal como lo ponderó el juzgador de instancia, en **14 mesadas** al año, por haberse causado precisamente antes de la vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005.

Así las cosas, no se equivocó el juez a quo cuando declaró que el demandante era acreedor de la pensión de vejez en estudio, en los términos que fueron explicados.



¿El reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez hace improcedente el reconocimiento de la pensión de vejez?

La jurisprudencia ordinaria laboral ha enfatizado en que el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide que se reconozca la respectiva prestación principal, cuando para el momento de la solicitud ya se cumplían los requisitos para acceder a esta última (CSJ SL5659-2021).

Del contenido de la Resolución No. 032565 de 2004 se observa que el demandante acudió al extinto ISS para solicitar la indemnización sustitutiva el 29 de junio de 2004, es decir, cuando ya tenía consolidado el derecho a la pensión de vejez, aun cuando fuera con inclusión del servicio militar obligatorio y de los tiempos sobre los cuales versó el cálculo actuarial que se ordena en este escenario judicial.

En ese sentido, no encuentra la Sala obstáculo alguno para que el demandante acceda a la prestación principal, por tener los requisitos cumplidos y, en esa medida, acertó el juez a quo cuando llegó a la misma conclusión y para evitar un detrimento al fondo público del régimen de prima media con prestación definida, autorizó descontar del retroactivo pensional la cifra indexada que se reconoció por ese concepto.

¿La falta de asesoría e información de la entidad reconocedora de la pensión hace que la excepción de prescripción sea inoperante?

De entrada se advierte que no es de recibo que por una presunta falta de información o asesoría de la entidad de seguridad social sobre el número de semanas de cotización, se avale el argumento planteado por la parte demandante sobre la inoperancia de la excepción de prescripción, con miras a beneficiarse de un retroactivo pensional desde el momento en que se estructuró el derecho pensional.

Olvida el apelante que la figura extintiva en comento es un instituto que opera por el transcurrir del tiempo y, en esa medida, se erige como un modo de extinguir acciones y derechos, en la que no es factible estudiar elementos subjetivos guiados por la conducta del deudor, o razones como la falta de estudios del acreedor.

Desde esa óptica, no procede desatender la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, so pena de infringir el postulado de congruencia regulado



en el artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable por integración normativa a la especialidad laboral y de la seguridad social, según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones, así como con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, como aquí por mandato del artículo 282 del mismo estatuto.

En todo caso, y solo para efectos de resolver la consulta de la sentencia, valga agregar que como el demandante no cuestionó una eventual interrupción o suspensión de términos, con ocasión de las múltiples reclamaciones que elevó ante Colpensiones y que desencadenaron en las resoluciones sobre las cuales se hizo alusión en anteriores apartes, no queda otro camino que avalar la contabilización de los 3 años hacia atrás que hizo el juzgador de instancia sobre la fecha de presentación de la demanda – 4 de febrero de 2021 –, para declarar probado este medio sobre las mesadas que se hicieron exigibles antes del 4 de febrero de 2018.

Desde esta perspectiva, habrá de confirmarse la sentencia en este preciso tópico.

¿El pago del retroactivo pensional debe estar supeditado al pago efectivo del cálculo actuarial del empleador omiso?

Esta sala considera que, muy a pesar de que el inciso 2.º del párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 preceptúa que en los casos previstos en los literales b), c), d) y e), entre los cuales se encuentran las hipótesis de tiempos públicos laborados no cotizados y tiempos de servicios con empleadores que por omisión no afiliaron al trabajador al sistema, estos se computan siempre y cuando el empleador traslade *“con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora”*, lo cierto es que, en manera alguna, el pago de la pensión de vejez puede verse truncado por el trámite interno que deba surtir entre un empleador omiso y una entidad de seguridad social, so pena de desconocer el derecho irrenunciable a la seguridad social. De modo que, al establecerse la obligación en cabeza del empleador por virtud de una sentencia judicial, nada impide que al ejecutarse, puedan adoptarse las medidas pertinentes para lograr una financiación del derecho pensional, sin que se tenga que esperar que esto último suceda para que el disfrute de la prestación pueda empezar a darse para el asegurado.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Aceptar lo contrario implicaría una imposición de una carga desproporcionada para el pensionado, quien no tiene por qué asumir la demora del empleador en el pago del cálculo actuarial, después de haber soportado una falta de afiliación, sino que, por el contrario, tiene derecho a que se computen todas las semanas laboradas.

Para sustentar su postura, esta Corporación se apoya en las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ 16086-2015, SL1515-2018, SL2353-2020 y SL3093-2020) en las que se ordenó el pago de la pensión de vejez sin estar condicionada a la cancelación cálculo actuarial, evento en el cual, y una vez declarado el derecho, la entidad de seguridad social puede promover y adelantar las acciones de cobro pertinentes para efectivizar el crédito surgido y así financiar el derecho deprecado, solución que ha sido catalogada como la adecuada a los intereses de los afiliados *“pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas”* (CSJ SL14388-2015, SL1575-2021 y SL3401-2022).

Por lo demás, se agrega que, debido a que el demandante adquirió su calidad de pensionado, debe contribuir al sistema de seguridad social en salud y, por lo mismo, es válido que Colpensiones descuente los aportes respectivos en el porcentaje legal, en aplicación de los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, con destino a la EPS en la que esté actualmente inscrito (CSJ SL2876-2022).

En estos términos, y por virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia revisada.

Costas. Por no haber sido próspero ninguno de los recursos aquí estudiados, no habrá condena en costas de segunda instancia al tenor de lo previsto en el numeral 5.º del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

Resuelve:



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Primero: Revocar parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto condicionó el pago de la pensión de vejez *“solamente hasta dentro de los cinco días siguientes a la recepción del pago por parte de la administradora del cálculo actuarial que debe cancelar Juan Manual Rodríguez Garzón”*. En lo demás se mantiene incólume.

Segundo: Adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **autorizar** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** que descuenta del retroactivo pensional adeudado, lo relativo a las cotizaciones a seguridad social en salud que debe transferir a la EPS en la que se encuentre afiliado el demandante.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

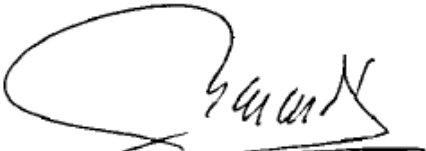
Cuarto: Sin lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

Quinto: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2.º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 010 2018 00339 01

Olga Magnolia Choque Mendoza vs. Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala, el **recurso de apelación formulado por la parte demandante** en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Olga Magnolia Choque Mendoza, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con el fin de que se reconociera la sustitución pensional por el fallecimiento del pensionado Juan de Jesús Amézquita Quesada junto con los intereses moratorios y las costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que a Juan de Jesús Amézquita Quesada el 22 de julio de 1991 se le reconoció pensión por parte de la pasiva; quien falleció el 17 de octubre de 2012; que con el causante conformaron una unión marital de hecho desde el año 1999 hasta el momento de su muerte; fruto de dicha relación se procreó a Lina Marcela Amézquita Choque el 4 de julio de 2002; agrega que solicitó la sustitución pensional pero fue negada; posteriormente pidió la misma en representación de su hija y fue concedida por la demandada; sostuvo que el 18 de abril de 2018 el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de la Dorada Caldas



declaró la existencia de la unión marital de hecho entre la demandante y el causante, la cual inició el 12 de diciembre de 1999 hasta el 17 de octubre de 2012. (PDF05Demanda. Folios 1 a 7)

2. Contestación de la demanda.

2.1. Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En el término de traslado, contestó la demanda con oposición a las pretensiones. En torno a los hechos aceptó el reconocimiento pensional realizado al pensionado y su deceso, así como las solicitudes planteadas por la actora y las respuestas negativas. Señaló que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, como quiera que la demandante presentó proceso judicial persiguiendo la sustitución pensional, el cual fue conocido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga y negó las pretensiones, siendo confirmado por el superior jerárquico respectivo.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, genérica, presunción de legalidad de los actos administrativos, falta de causa y título para pedir e improcedencia de la reclamación de intereses moratorios. (Pdf.15ContestaciónDemanda. Fls. 1 a 7).

2.2. Lina Marcela Amézquita Choque, fue notificada mediante curador ad litem, el cual solicitó la absolución de su representada, aduciendo que no le constaban los hechos expuesto en la demanda.

Planteó como excepciones las llamadas: buena fe de la parte demandada, abuso del derecho, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción sin que implique reconocimiento de derechos y genérica. (PDF50ContestaciónDemanda)

3. Sentencia de primera instancia.

La Jueza Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, resolvió: *“PRIMERO. DECLARAR PROBADA la excepción de cosa juzgada propuesta por el FONDO PASIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y en consecuencia absolver de todas las pretensiones de la demanda incoadas por la demandante OLGA MAGNOLIA CHOQUE MENDOZA, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte actora A FAVOR DEL FONDO PASIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000. TERCERO: En caso de no ser apelada la sentencia por*



sentencia, súrtase el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA de conformidad al ART 69 DEL C.P.L. Y SS.”.

4. Apelación parte demandante.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual sustentó así:

“Gracias, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir para que honorables del distrito judicial se sirvan revocar en su integridad, para que en su defecto, dicte sentencia que contenga planteamiento favorable a las pretensiones promovidas desde la demanda inicial en favor de mi procura, tengo con la sentencia que impugno puntos de convergencia, tales como que dio por acreditado en el plenario que el hoy difunto Juan de Jesús Amézquita Quesada ostentó al momento de su muerte la calidad de pensionado de los Ferrocarriles de Colombia, calidad que empezó a gozar desde junio de 1991. El señor Juan de Jesús Amézquita Quesada falleció el 17 de octubre de 2012 cuando se encontraba pensionado y por tanto de su pensión de jubilación, es la pensión del difunto en mención, la goza actualmente el 100% la señorita Lina Marcela Amézquita Choque, hija de Juan de Jesús Amézquita Quesada y de aquí demandante.

Los puntos de divergencia que tengo contra la sentencia que acá estoy recurriendo, estriban en que no se da la figura de la cosa juzgada, habida cuenta de que si bien es cierto no hay una tarifa legal probatoria, no hay una camisa de fuerza para acudir a pedir una pensión de sobreviviente o sustitución pensional a favor de compañera que exija que se deba traer una sentencia dictada por la jurisdicción de familia, si bien es cierto que si ya la demandante tiene la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de la Dorada Caldas, sentencia que se allegó desde la misma demanda en la parte de los hechos y se apuntó como prueba también en el acápite probatorio.

Entonces, así las cosas, considero que realmente si comparamos el primer proceso con el segundo proceso, tenemos que realmente, si bien es cierto, como insisto, no sé exija, no se exige en la sustitución pensional, pensión de sobrevivientes en la parte laboral que se dé una sentencia de juzgado de familia, que decrete una unión marital, no es óbice esto para que las partes no lo puedan apuntar, entonces, en el primer proceso se tenía que, se afirmó por la primera apoderado que tuvo la parte demandante que había existido una unión marital de hecho entre Juan de Jesús García Quesada desde el año 1999 hasta la fecha de su deceso, el 17 de octubre del año 2012, en la segunda demanda quiero tener... Que quiero que se haga, se tenga en cuenta, en el primer proceso . la parte, mi representada a través de su anterior apoderado, afirmó en el texto de la demanda del proceso inicial, proceso anterior a este, que había existido una unión marital de hecho entre ella y el señor Jesús Amézquita Quesada desde el año 1999 hasta el 17 de octubre de 2012, cuando este falleció, en la segunda demanda, quiero hacer énfasis de una debe examinar que realmente lo que se está alegando como hecho nuevo es que ya existe una sentencia que no es cierto en el Juzgado de familia donde está declarando la unión marital de hecho, que si bien es cierto no se exige como tarifa legal probatoria como única prueba demostrar una comunidad de vida entre la demandante y el difunto pensionado, no es menos cierto que existe en el plenario, la juez debe darle toda su valoración, ya que allí lo que se hizo fue no tanto traerla para efectos de acreditar alguna sociedad patrimonial de hecho entre mi mandante y Juan de Jesús Amézquita, sino precisamente como el juzgado de familia dio por probado que había existido una unión marital de hecho, de manera pública, de manera constante, de manera permanente, de manera ininterrumpida desde diciembre de 1999 hasta el 17 de octubre 2017, cuando falleció el causante, estas sentencias realmente no se pueden



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

desconocer, ya que una sentencia que también hace tránsito a cosa juzgada y que realmente nunca pudo ser expuesta ante el Juzgado Tercero Laboral de Bucaramanga porque precisamente la demandante inició este proceso con otra finalidad y también para acreditar la unión marital de hecho, entonces si el suscrito tenía esta sentencia, pues lo más lógico es que cuando se acude al operador judicial, pues se aporten las pruebas que tengo en ese momento en mi poder y por esto aporte la acreditación de la sentencia con autoridad de cosa juzgada, sentencia ejecutoriada, dictada por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia, que da como probanza fundamental que en entre Juan de Jesús Amézquita Quesada y la señora Olga Magnolia Choque Mendoza, se presentó una comunidad de vida de manera pública, de manera ininterrumpida, que dio lugar a un nuevo estado civil que es la Unión marital de hecho, que en las sentencias SC 1131 de 2016, página 24, se dice que esta Unión marital constituye un estado civil y en la sentencia SC 3452 de 2018, de la honorable Corte Suprema de Justicia, página 14, dice que la unión marital de hecho debidamente acreditada ante juez, se origina una auténtico estado civil y que todo esto empieza a ser regulado por el artículo del Decreto 1260 de 1970, entonces, si bien es cierto que la unión marital de hecho en la parte de jurisdicción de familia solamente exige que las partes hayan convivido los dos últimos años de vida, acá en la parte laboral, lo que se exige es que la convivencia se demuestre durante los últimos 5 años de vida del causante pensionado, pero como ya se tenía la sentencia, realmente lo que se hace es aportarla y pedirle al operador judicial, en ese caso su despacho para que la tenga en cuenta como un hecho totalmente novedoso, ya que jamás mi procuradora había tenido una sentencia que declarase su unión marital de hecho, en donde realmente acá lo que se le pide al honorable Tribunal del Distrito Judicial sirva impartir justicia con los ojos bien abiertos, no con los ojos vendados para que realmente tenga acá acceso a que la sentencia del Juzgado Promiscuo de Familia de la Dorada, lo que hizo fue establecer de manera severa, contundente y cabal la existencia de la unión marital de hecho, mucho más de los últimos 5 años de vida del causante, cuando Jesús Amézquita Quesada, ya que lo estableció del año 1999 al año 2012, por esto considero que realmente, mi mandante sí cumplió la carga probatoria, prevista en el Código General del Proceso para que la justicia ordinaria laboral pueda dictar sentencia que contenga un pronunciamiento favorable a las pretensiones promovidas del libelo inicial, ya que realmente lo que se hace es con esta sentencia, que también pues se agregó como nueva prueba en este caso, es que realmente acá quiero hacer énfasis que si bien es cierto en la primera demanda se parte de una supuesta unión marital de hecho, en el segundo proceso partimos de la base de que hay un juez de la república dictando una sentencia de declaración de unión marital de hecho con los efectos de cosa juzgada, ya sentencia ejecutoriada, que declara la unión marital de hecho propia, la cual no puede ignorarse ya que da el verdadero origen de la transmisión personal que debe imperar en estos casos de la sustitución pensional, ya que lo que el legislador pretende con el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 93, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 del año 2003 vigentes a la fecha de la muerte del señor Jesús Amézquita Quesada, es que se beneficie a la persona que estuvo acompañando al pensionado durante los últimos 5 años de vida, tal como nunca antes lo acreditó, tanto aquí en el proceso como en este proceso laboral, como ante el juez primero promiscuo de familia de la Dorada Caldas, por esto ella tiene hoy su registro civil de nacimiento con la anotación de la nota marginal de haber sido compañera permanente del causante Juan de Jesús Amézquita Quesada, que murió repito siendo pensionado de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Además, la demandante logró acreditar que al momento del fallecimiento de su extinto compañero en mención, ya tenía más de 30 años, dejó así rendido mi recurso de apelación, solicitando el honorable Tribunal superior y a título judicial revocar en su integridad la sentencia que



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

aquí estoy hablando con que se dicta una sentencia sustitutiva que contenga por ciento favorable a las pretensiones promovidas desde la demanda por mi procurada gracias señora juez.

4. Alegatos de conclusión: La parte actora, en los alegatos reiteró los planteamientos esbozados en el recurso de apelación.

5. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Corresponde a la Sala revisar si en este asunto se presenta el fenómeno de la cosa juzgada o si por el contrario, a raíz de la declaración judicial de la unión marital de hecho entre el causante y la demandante, tal figura debe ceder.

6. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano, la Sala anuncia que la sentencia consultada será **confirmada**.

Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 29 Constitución Política de Colombia, 303 CGP, 145 del CPTSS; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia, SL1686 de 2017, SL10760 de 2017, SL1647 de 2022, SL17406 de 2014.

Consideraciones.

En el caso de autos, la jueza de instancia estableció que se presentó la figura de la cosa juzgada, por cuanto la demandante anteriormente formuló proceso con identidad de partes, objeto y causa, el cual fue conocido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga, en el que se negaron las pretensiones, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Por su parte el apoderado de la parte actora alega la presencia de un hecho nuevo, a saber, de la declaración judicial de la unión marital de hecho entre el causante y la reclamante desde el año 1999 hasta la fecha de la muerte del mismo, luego a su juicio no se satisface la figura referida y además no se puede pasar por alto la acreditación de los elementos requeridos para la sustitución pensional pedida.

En torno a desatar el problema jurídico planteado se debe recordar que para que se predique la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, de conformidad con el artículo 303 del CGP aplicable al procedimiento laboral en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del CPTSS, debe existir identidad: (i) de personas o sujetos, esto es, que



se trate del mismo demandante y del mismo demandado; (ii) de objeto o cosa pedida, que corresponde al derecho que se reclama, y (iii) de causa para pedir, es decir, de los hechos que sirven de fundamento al derecho reclamado (CSJ SL 1686-2017).

Al analizar los medios de convicción allegados al plenario se evidencia que se cumplen con creces los elementos exigidos para la prosperidad de la figura de la cosa juzgada, por lo que la jueza de instancia acertó en su decisión.

En efecto, se verifica que la reclamante presentó demanda en contra de la aquí demandada, de la cual conoció el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga, que se identificó con radicación No. 68001 31 05 003 2013 00466 01. De este se acredita que hay identidad de partes, como quiera que dicho proceso se elevó por la aquí demandante en contra de la también aquí accionada.

Asimismo, se vislumbra que se persiguió la misma pretensión que en el presente proceso, es decir, el reconocimiento de la sustitución pensional a raíz del fallecimiento del señor Juan Jesús Amézquita Quesada.

En torno a la causa por la que se pidieron las pretensiones, se observa que es igual, dado que se identificó como fundamento fáctico que el causante era beneficiario de la pensión de jubilación por parte de la demandada, que falleció el 17 de octubre de 2012; que la demandante y el fallecido convivieron desde el 12 de diciembre de 1999 hasta el 17 de octubre de 2012, época de la muerte del señor Amézquita Quesada; que fruto del vínculo se procreó a Lina Marcela Amézquita; finalmente que la solicitud pensional fue negada.

Ahora, no se altera la causa con los soportes fácticos agregados, a saber la declaratoria judicial de la unión marital de hecho entre el fallecido y la demandante, ya que no lo hace diferente el uno del otro, como quiera que los hechos referidos resultan comunes y buscan el cumplimiento de los requisitos con los que se pretende acreditar el derecho a la sustitución pensional que, corresponden a: el reconocimiento pensional del causante y la convivencia de la demandante con el mismo por más de cinco años.

Debe recordar el Tribunal, que como lo adocrinó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 10760-2017 reiterada por la sentencia SL1647 de 2022 que, *“La Corte en repetidas ocasiones ha adocrinado que en el ejercicio de comparación para determinar la existencia*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

de la cosa juzgada no es necesario una igualdad calcada, si lo primordial es evidenciar y examinar el núcleo de la causa petendi y que sus bases fundamentales sean análogas (CSJ SL17406-2014)”.

Así las cosas, no hay, contrario a lo expuesto por el apelante, fundamentos fácticos diferentes en los procesos analizados, ya que la presencia de la sentencia de declaración de unión marital de hecho que fue aportada, no modifica en lo absoluto lo alegado en ambos casos, y es la convivencia efectiva entre la reclamante y el extinto pensionado, pues en el proceso laboral no se hace necesario la declaratoria de una unión marital de hecho, lo que quiere decir que la aportación de la providencia emitida en ese sentido, no mejora la prueba con el ánimo de acreditar la convivencia, ya que en el primer proceso, se reitera, este aspecto no fue acreditado por la aquí demandante, siendo que estaba a su cargo tal demostración.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL1647 de 2022 que analizó un caso de idénticas circunstancias, subrayando lo siguiente: *“Pensar en contrario, llevaría al extremo de permitir que después de proferida una sentencia judicial desfavorable y legalmente ejecutoriada, la parte vencida alterara los fundamentos fácticos o adicionara pretensiones accesorias, o, como ocurre en este caso, las planteara de manera diferente pero siempre persiguiendo el mismo derecho, con el fin de enervar el efecto de la cosa juzgada y, revivir de esta manera un proceso definitivamente fenecido, con plena observancia del derecho fundamental al debido proceso.”*

No es de recibo el argumento de la parte actora según el cual al acreditarse la unión marital de hecho se debe analizar el cumplimiento de los requisitos para la sustitución pensional, dado que al determinarse la presencia del fenómeno de la cosa juzgada no es viable analizar dicho aspecto, ya que tal oportunidad se dio en el proceso primigenio y no se puede reabrir tal debate porque se afectaría el debido proceso.

Lo anterior es suficiente para concluir que la jueza de instancia no le dio un alcance equivocado al artículo 303 del CGP, toda vez que no existe duda, de que se configuró la cosa juzgada y, en consecuencia, no puede estudiarse de nuevo el asunto, so pena de violentar, además, el artículo 29 Constitucional, consecuentemente, la sentencia de primera instancia se confirmará.

Costas.

Se condenará en costas a la parte demandante, por perder el recurso, se fijan como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

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

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de octubre de 2021, de acuerdo con lo considerado.

Segundo: Condenar en costas de esta instancia a la parte demandante, se tasan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

Tercero: Devuélvase el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para su notificación y demás actuaciones subsiguientes con forme lo establece el parágrafo del art. 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 012 2017 00119 01

Carlos Augusto Rondón Quintero vs. Karla Smith Gómez Gómez

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala, el **recurso de apelación de la parte demandada** en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Prevía deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia **Antecedentes**

1.- Demanda. Carlos Augusto Rondón Quintero, mediante apoderada judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra Karla Smith Gómez Gómez, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con en las fechas enunciadas, en consecuencia, solicita se ordene el pago de cesantías, prima de servicio, vacaciones, salarios, indemnización por despido sin justa causa y moratoria.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que en octubre de 2015 fue contratado de manera verbal por la demandada, para realizar labores como ingeniero civil residente de diferentes obras; como salario se pactó la suma de \$5.500.000 mensuales; que en agosto de 2016 fue despedido sin aducir motivo alguno; durante el vínculo laboral no se cancelaron prestaciones sociales, ni vacaciones, tampoco los salarios de mayo a julio de 2016; que pagó aportes a seguridad social en los periodos de octubre a diciembre de 2015 y los restantes no se cancelaron. (PDF02Demanda. Folios 1 a 7)



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

2.- Contestación de la demanda. En el término de traslado, la demandada por medio de curador ad litem contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Indicó que no demostraron los elementos del contrato de trabajo.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó: no configuración de los elementos de un contrato de trabajo, cobro de lo no debido, prescripción y genérica. (Pdf.30ContestaciónDeDemanda. Fls. 1 a 4).

3.- Sentencia de primera instancia.

El Juez Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021, resolvió: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre CARLOS AUGUSTO RONDÓN QUINTERO y KARLA SMITH GÓMEZ GÓMEZ el cual inicio el 11 de noviembre de 2015 y finalizo el 29 de agosto de 2016, en el que actor desempeño el cargo de ingeniero residente de obra, devengando una remuneración mensual promedio de \$2,881,000, y el cual fue terminado sin justa causa por parte del empleador, conforme la parte motiva de la providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada KARLA SMITH GÓMEZ GOMEZ a reconocer y pagar a CARLOS AUGUSTO RONDON QUINTERO los siguientes conceptos: a. A la suma de \$6,000,000 por concepto de salarios adeudados. b. A la suma de \$2,312,802 por concepto de auxilio de cesantías de todo el tiempo laborado. c. A la suma de \$366,193 por concepto de intereses a las cesantías de todo el tiempo laborado. d. A la suma de \$2,312,802 por concepto de primas de servicio de todo el tiempo laborado. e. A la suma de \$1,156,802 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones. f. A la suma de \$2,881,000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa. g. A la suma de \$96,033 diarios a partir del 30 de agosto de 2016 y hasta cuando se realice el pago efectivo de las condenas concedidas al demandante, por concepto de salarios y prestaciones sociales, hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera; por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en Derecho, a la demandada en la suma única de \$4,500,000, y a favor del demandante.”*

4.- Apelación demandada

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada presentó recurso de apelación, el cual sustentó así:

“atendiendo mis obligaciones como curador ad Litem, pues debo interponer el recurso de apelación en los siguientes términos: manifiesto al despacho con el debido respeto y en desarrollo del artículo 65 y 66 del Código procesal laboral de Colombia que respeto pues la decisión del despacho mas no la comparto, pues teniendo en el desarrollo de la prueba sumaria de subordinación, tenía que estar



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

probado dentro del expediente en su totalidad, por ser el marco general de la configuración del contrato laboral. Teniendo en cuenta lo anterior, entonces nos encontramos en esta situación, frente a un contrato de prestación de servicios, que se caracterizó de acuerdo al material probatorio observado por la independencia y la autonomía que tuvo el demandante al ejecutar su labor, pues debemos tener en cuenta primero. Qué el demandante señor Carlos el ingeniero, tenía libertad de desplazamiento, es decir que contaba con una autonomía, una independencia, tanto para desplazamiento como para el manejo de horarios, como para el manejo de personal, pues como manifestó el testigo, el señor Edgar, las órdenes las recibían directamente del demandante y los pagos los recibían directamente demandante.

Segundo, dentro del control y dirección no se probó que mi representada, manejará y impartiera los controles y dirección naturales en un empleador laboral, por el contrario se demostró dentro del expediente, que el control de la obra se realiza a través de bitácoras y este era ejercido a través de la gobernación con los representantes, de digámoslo así, interventoría, los cuales vigilaban el desarrollo de la obra, mas no controlaban directamente al empleado.

Teniendo en cuenta esto, también debemos sumar, qué el demandante no estaba sometido a ningún reglamento, no está probado que estaba regido por algún reglamento, o direccionamiento laboral alguno, por el contrario, tampoco estaba sometido al régimen de sanciones por parte del demandada, y teniendo en cuenta esto, se desvirtúa totalmente la subordinación, desafiando la relación laboral, que se pretende en las pretensiones y que se enmarca dentro de la sentencia, antes escuchada, con lo que se desvirtúan las pretensiones y la misma, solicitándole al despacho muy respetuosamente, pues que con estos argumentos, y de acuerdo a los fallos recientes, como el SL3695 del año 2021, con radicado 79334 del 4 de agosto de la presente anualidad, se coordine los elementos esenciales de la subordinación. Con esto, su Señoría, muy respetuosamente, le solicito, se eleve la apelación para verificar estas pruebas, muchas gracias.”

4.- Alegatos de conclusión: La parte actora, en los alegatos esbozó que se acreditaron en el proceso los elementos del contrato de trabajo. La parte demandada insiste en que la sentencia debe ser revocada, como quiera que no se demostraron los elementos de la subordinación y el salario.

5.- Problema (s) jurídico (s) a resolver. Corresponde a la Sala revisar si en este asunto se desvirtuó la subordinación, o si por el contrario ello no ocurrió.

6.- Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano, la Sala anuncia que la sentencia consultada será **confirmada**.

7.- Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 22, 23, 24 del CST; 2 Ley 50 de 1990; 166 del CGP; 145 del CPTSS; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia, SL2879 de 2019, SL3435 de 2022.



Consideraciones

Es importante reiterar que frente a la existencia del contrato de trabajo, el Código Sustantivo del Trabajo, en sus artículos 22 y 23, determina los elementos esenciales del mismo –actividad personal, continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, un salario como retribución del servicio-, y en el 24 de la misma normativa, reformado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990 se establece una presunción legal al consagrar “... *Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo...*”.

Ahora, la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que, para que se active la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la parte demandante solo le basta acreditar que prestó servicios personales para otra persona natural o jurídica, por lo que, una vez demostrado ese elemento, corresponde a la parte demandada desvirtuar esa presunción mediante la prueba de los hechos contrarios, es decir, de la acreditación de que ese servicio no se prestó bajo subordinación y dependencia, sino de manera autónoma e independiente, o en beneficio de otra persona (CSJ SL2879-2019-CSJ SL3435 de 2022).

En este punto, hay que señalar que la palabra presumir, significa tener por demostrado un hecho hasta que no se acredite lo contrario tal como se desprende de la lectura del artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable a los procedimientos laborales por virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Por su parte, el vocablo desvirtuar implica que se acrediten los hechos contrarios que sirvieron de base a la presunción aplicada, es decir, en el caso de la presunción del contrato de trabajo, que la parte demandada elimine el hecho base.

Como en el presente asunto, la parte apelante no pone en duda la prestación personal del servicio del demandante a la demandada, dicho elemento está en firme y por ende se activa la presunción dispuesta en el artículo 24 ya citado, luego desde allí se parte.

Lo dicho, impone entonces concluir que, una vez establecido el elemento de la prestación personal del servicio por parte del demandante, no le corresponde al juez emprender la búsqueda de la prueba de la subordinación, sino, por el contrario,



verificar si se acreditó, entre otros aspectos, la autonomía e independencia del trabajador, o su sujeción al poder subordinante de otra persona natural o jurídica.

Lo anterior derruye el ataque de la parte pasiva en torno a que no se acreditó la subordinación, como quiera que esta se presume conforme a lo ya desarrollado reglones atrás.

A pesar del alegato del curador ad litem de la demandada, los medios de convicción no logran desvirtuar el elemento de la subordinación, por cuanto no se acredita la autonomía e independencia del trabajador.

Las pruebas documentales no dan fe de la autonomía del trabajador, encontrando para el efecto cotizaciones a pensión y riesgos laborales, en los que se advierte que la demandada lo afilió algunos meses del año 2015; pagos de sueldo al demandante; y finalmente bitácora de obra contrato 246-2015, en el que se vislumbra el relato de los materiales recibidos y las labores realizadas, lo que no muestra independencia por parte del actor.

Del interrogatorio de parte del demandante no se vislumbran confesiones, puntualmente expresó: que la vinculación se dio mediante contacto directo con la demandada en octubre de 2016. Que las labores las realizaba en varias obras civiles de la pasiva, cumpliendo horario. Que el trabajo no permitía pedir permiso y de hecho no disfruto de vacaciones.

Sostuvo que las obras llegaron a avance del 70%; sin embargo como la demandada no contestaba tomó la decisión de dejar de trabajar. Aseguro que el vehículo en el que se trasladaba era de su propiedad, pero algunas veces se movió en la camioneta de la demandada. Que debía cumplir horario y desempeñó como residente de obra.

Por otra parte se recibió el testimonio del señor Edgar Rincón Valenzuela, quien sostuvo que conoció al reclamante hace 20 años, con quien compartió labores en obras civiles. El testigo trabajó para la demandada desde octubre de 2015 a septiembre de 2016, haciendo la estación de policía de La Sierra Cundinamarca junto con el libelista. Arguyó que el promotor era su jefe directo, el encargado de pagarle previo giró de la pasiva. Que el señor Rondón Quintero viajaba todos los días a supervisar la obra, llegando por la mañana y devolviéndose en la tarde.



Expresó que el demandante recibía instrucciones de la demandada. Que el actor llevaba una bitácora a la interventoría de Cundinamarca. Aseguró que los elementos de la obra se compraron en un ferretería del municipio. sabe que la demandada desapareció y los fondos de la obra se acabaron, por lo que el ingeniero dejó de trabajar.

De las pruebas traídas a colación no se evidencian elementos que logren derruir la subordinación presumida en virtud del artículo 24 del CST, toda vez que no se demostró la autonomía e independencia del trabajador, por el contrario el testigo relacionado relató acerca de la prestación del servicio del accionante para la demandada y sin tener esa parte que acreditar la subordinación, da fe de las instrucciones dadas por la pasiva al actor, acreditando incluso el elemento echado de menos por la parte demandada, la que se reitera no tenía la carga de demostrar, pues al trabajador, como se sabe, basta que pruebe la prestación personal del servicio en favor de una persona natural o jurídica para que se active la presunción a que alude el citado art. 24 ib.

Ahora, el hecho que el demandante debiera viajar a diferentes obras no acredita la autonomía en sus labores, ya que no se demostró que se tratara de obras diferentes para las que fue contratado por la pasiva. De la misma manera la presencia de la bitácora de una obra no comprueba la independencia del actor, dado que en este elemento se narró parte de las situaciones de la construcción.

Así las cosas, los argumentos del curador ad litem no cuentan con fundamentos probatorios acopiados en el expediente, ya que no obra ninguna prueba con que se hubiere acreditado autonomía e independencia del demandante en la prestación personal del servicio que aquí quedó verificada, y dado que la pasiva no mostró inconformidad frente a los condenas impuestas, esta Sala no cuenta con competencia para revisarlas, por la sencilla razón, que, de conformidad con el principio de consonancia, se aborda el estudio lo los temas apelados.

Conforme con lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

Costas. No se condenará en costas, como quiera que la pasiva está representada por curador ad litem.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

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

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2021.

Segundo: Sin condena en costas, ante su no causación..

Tercero: Devuélvase el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para su notificación y demás actuaciones subsiguientes con forme lo establece el parágrafo del art. 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 014 2019 00854 01

Paola Mayersi Castillo Hernández vs. Serviactiva Soluciones Administrativas SAS.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2022 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Paola Mayersi Castillo Hernández, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra Serviactiva Soluciones Administrativas S.A.S., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, con vigencia del 30 de diciembre de 2014 al 13 de junio de 2016 y, en consecuencia, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y su sanción por no pago oportuno y completo, la prima de servicios y compensación de vacaciones de 2016, *«las cuotas de subsidio monetario por no afiliación a la Caja de Compensación Familiar»* a favor de sus 2 hijos, indemnización moratoria por la falta de pago oportuno y completo de salarios y prestaciones sociales contemplada en el artículo 65 del CST, y las costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó que laboró al servicio de la entidad demandada en el cargo de 'profesional de limpieza, desinfección y oficios varios', en ejecución de un contrato de trabajo por duración de la obra, que tuvo vigencia del 30 de diciembre de 2014 al 9 de junio de 2016, a cambio de una remuneración mensual de \$620.000, \$644.350 y \$689.454 por los años 2014, 2015 y



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

2016, respectivamente, consignados en su cuenta de ahorros No. 001300860200167608 del Banco BBVA, inicialmente en las instalaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y a partir del 2 de enero de 2016 en las de Cruz Blanca EPS.

Indicó que en 2015 recibió el subsidio familiar de parte de Cafam por su primer hijo, y a pesar de que la relación laboral continuaba vigente, fue desafiada desde el 21 de diciembre de 2015, razón por la cual a partir del año siguiente, no recibió dicho subsidio, ni por el primero, ni por el segundo hijo, quien nació el 13 de febrero.

Expresó que el 13 de junio de 2016 presentó carta de renuncia voluntaria, y al cabo de su desvinculación, requirió en varias oportunidades el pago de su liquidación definitiva de acreencias laborales, pero recibió respuestas evasivas.

Señaló que el 3 de febrero de 2017 elevó una petición a la entidad demandada para obtener el pago de su liquidación, sin que hubiese recibido una respuesta, y que pasado más de un año, en particular, el 16 de febrero de 2018, la empresa la obligó a reactivar su cuenta bancaria, a pesar de que siempre se encontraba activa.

Sostuvo que el 12 de abril siguiente, acudió al Ministerio del Trabajo para solicitar que se celebrara una audiencia de conciliación, pero al llegar el día el representante legal de la entidad demandada no asistió y no invocó alguna justificación.

Agregó que el 18 de septiembre del mismo año 2018 remitió nuevamente vía Interrapidísimo la liquidación de sus prestaciones sociales elaborada por una universidad, sin que a la fecha de la demanda hubiese recibido una respuesta.

2. Contestación de la demanda. Por auto proferido el 26 de octubre de 2021, el juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda.

3. Durante la audiencia pública de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, y ante la inasistencia del representante legal de la entidad demandada, la jueza de conocimiento declaró presuntamente probados todos los hechos de la demanda, a excepción de los hechos 6, 11, 12, 13, 22, 23, 24, 25 y 26.



4. Sentencia de primera instancia. La Jueza 14 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 28 de enero de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada entre las partes, que tuvo vigencia del 30 de diciembre de 2014 al 9 de junio de 2016, en virtud del cual recibió un salario mínimo legal vigente mensual y, en consecuencia, condenó a Serviactiva Soluciones Administrativas S.A.S. al pago de las sumas de \$336.695 por concepto de cesantías, \$17.732,60 por concepto de intereses sobre las cesantías y \$336.695 por concepto de prima de servicios del año 2016, así como al pago de la suma diaria de \$22.981,83 a partir del 10 de junio de 2016 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales, a título de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST.

5. Recurso de apelación de la parte demandante: Inconforme con la sentencia, la parte demandante presentó recurso de apelación parcial, el cual sustentó así: *“me permito interponer recurso de apelación de manera parcial en cuanto al tema de las vacaciones y en cuanto al tema del subsidio familiar. En cuanto al tema de las vacaciones ocurre (...) que la prueba a la cual hace alusión como para tener en consideración que se hizo pago de las mismas que corresponde a las nóminas del mes de mayo, pues en este desprendible de mayo, allí se indicó que, en efecto, hay un pago de \$436,655, pero dice que corresponde a vacaciones disfrutadas equivalente a 19 días. Aquí no puede la empresa haber pagado las vacaciones del periodo que se está demandando por cuanto la trabajadora no había finalizado la relación laboral, es decir, la trabajadora para mayo no había renunciado. Estaba vigente su vínculo laboral. Lo que la empresa está haciendo aquí es el pago de las vacaciones atrasadas del año anterior, de diciembre de 2014 al año 2015, entonces la empresa estaba en atraso en el pago de las vacaciones, que la trabajadora ya los había disfrutado; por tanto, no corresponde de ninguna manera el valor pagado a lo que se está reclamando, que es del periodo del 1 de enero de 2016 al 9 de junio, bueno al 13 de junio de 2016 cuando la trabajadora presenta la renuncia; por tanto, consideramos que la trabajadora tiene derecho al pago de las vacaciones porque insisto el valor que allí reposa es del periodo anterior. Y el segundo punto en el cual solicitamos al Tribunal se revise es el relacionado con el subsidio familiar. Ocurre señora juez que la empresa una vez la trabajadora informa del alumbramiento de su hijo, hace la afiliación del mismo a la caja de compensación familiar para que sea esta quien pague ese subsidio. Pero cuando la empresa no hace, no cumple con sus derechos, las disposiciones legales son claras en indicar que cuando el empleador no cumple las obligaciones de afiliación al sistema integral de seguridad social corresponderá al empleador asumir el pago de dichas obligaciones, asumiendo la carga de la entidad a la cual no afilió, artículo 161, parágrafo, de la ley 100 de 1993. Ocurre que como se aporta constancia al expediente del 8 de noviembre de 2017, la caja de compensación familiar CAFAM certifica para el año 2017 que los únicos que aparecen afiliados a la caja son Diego Fernando Forero, compañero de la trabajadora y el primero de sus hijos, Brayan David Forero, pero la misma certificación da cuenta que dicha afiliación se hizo del 30 de enero de 2015 hasta el 21 de diciembre de 2015 en categoría A. ¿Esto qué quiere decir? Que la empresa desvinculó a la trabajadora el 21 de diciembre de 2015 de la caja de compensación. Esto se verifica con el mismo error que la empresa cometió en el tema de salud, es decir, hizo una desafiliación general, y en el sistema de salud*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

tenemos la prueba, obra en el expediente la carta donde la empresa al darse cuenta del error, de manera inmediato se comunica con la EPS y le envía la carta del mes de enero donde le solicita que por favor se corrija se afilie nuevamente a la trabajadora; es decir, ese error que la empresa corrigió ante la EPS, no lo corrigió hasta la caja de compensación familiar. Si bien es cierto, la caja de compensación lo que paga son subsidios, pues es ese valor corresponde al lucro cesante, es el dinero que dejó de recibir por estos 6 mes, de enero a junio de 2016, y en ese sentido debe prosperar la pretensión de la demanda. Si su despacho consideraba que debía solicitarse como perjuicio y no como pago de la prestación, pues en su interpretación tendría como alternativa procesal acudir a dicha condena de manera extra petita”.

6. Alegatos de conclusión. Ninguna de las partes presentó alegaciones.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver si desacertó o no la juzgadora de instancia al no condenar al pago de la compensación de vacaciones de 2016 y del subsidio familiar por la falta de afiliación a una caja de compensación familiar.

8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada será **revocada parcialmente** en cuanto absolvió del pago de la compensación de vacaciones. En lo demás, será **confirmada**.

9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 186 y 189 del CST; arts. 18, 20, 23, 54 y 86 de Ley 21 de 1982; arts. 2 y 3 Ley 789 de 2002; art. 3 Decreto 1769 de 2003; CSJ SL, 14 ago. 2013, rad. 39023; CSJ SL10396-2017; CSJ SL3009-2017; CSJ SL3956-2022.

Consideraciones.

En este proceso no se encuentra en discusión la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada con vigencia del 30 de diciembre de 2014 al 9 de junio de 2016, en virtud del cual la demandante prestó sus servicios personales como ‘profesional de limpieza, desinfección y oficios varios’, a cambio de una remuneración equivalente a un salario mínimo legal vigente mensual.

A continuación, por cuestiones de método esta Sala procede a darle solución a los problemas jurídicos planteados en el siguiente orden:

¿Desacertó la juzgadora de instancia al no imponer condena al pago de la compensación en dinero de las vacaciones de 2016?



La jueza a quo absolvió de esta pretensión a la parte demandada, tras considerar que en el comprobante de nómina de mayo de 2016 se encontraba pago este emolumento laboral por la suma de **\$436.655**, monto superior al que le correspondía por la fracción de ese año.

Al respecto, baste con señalar que, aunque es cierto que en el documento en cita hay constancia acerca del reconocimiento de la suma de **\$436.655** por concepto de 19 días de vacaciones disfrutadas (p. 16, archivo03), no es posible afirmar que se trate de la fracción del 1º de enero al 9 de junio de 2016 que se reclama en la demanda, sencillamente porque para ese momento todavía se encontraba vigente el contrato de trabajo y, por lo mismo, no era acertado equipararla a la compensación en dinero que, como se sabe, se causa y se hace exigible a su finalización.

Desconoció la juez a quo que, en la práctica, las vacaciones tienen dos modalidades: una, que es la regla general, materializada a través del descanso durante 15 días hábiles por cada año de servicio durante el nexo laboral (ordinal 1.º del artículo 186 del CST), y otra, que es la excepción, como forma de sustituir el descanso no reconocido durante ese interregno, exteriorizada con una compensación monetaria (artículo 189 del CST) (CSJ SL, 14 ago. 2013, rad. 39023).

En ese orden, y al no haberse demostrado por la parte demandada el pago de la compensación en dinero de las vacaciones por fracción de este año, mal pudo considerar que el comprobante de nómina en comento acreditaba el pago referido.

En este punto, se aclara que no por el hecho de que las vacaciones reconocidas como disfrute en mayo de 2016 se hayan liquidado con el salario mínimo legal vigente para ese año quiere decir que correspondan a esa anualidad, por cuanto ello desconoce que el numeral 1.º del artículo 192 del mismo estatuto sustantivo señala que *“durante el periodo de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas”*. Luego, es claro que, si el descanso legal se reconoció durante el año 2016, debía liquidarse con esa remuneración, sin que ello diera pie para concluir que, en el fondo, se trataba de la compensación pretendida.

En consecuencia, habrá de revocarse la sentencia apelada en este punto, para condenar a la entidad demandada al pago de la suma de **\$152.254,65**, conforme con la siguiente liquidación:



Fecha inicio	01/01/2016	Salario base	\$ 689.455,00
Fecha final	09/06/2016	Vacaciones = salario base x días laborados / 720	
Días laborados	159	Compensación de vacaciones	\$ 152.254,65

¿Desacertó la juzgadora de instancia al no condenar al pago del subsidio familiar por la falta de afiliación a una caja de compensación familiar?

La jueza a quo desestimó esta pretensión del subsidio familiar tras considerar, por una parte, que es improcedente reclamarle directamente al empleador su pago y, por la otra, que, en todo caso, no estaba demostrado el perjuicio causado por la falta de afiliación a una caja de compensación familiar, como tampoco su cuántum.

Para resolver sobre la inconformidad planteada, el artículo 86 de la Ley 21 de 1982 preceptúa que cuando el trabajador exija judicialmente el pago del subsidio por una falta de afiliación del empleador a un caja de compensación familiar, *“se presume que la suma debida corresponde al doble de la cuota del subsidio en dinero más alta que se está pagando dentro de los límites del respectivo departamento (...) todo ello sin perjuicio de las demás sanciones que por el no pago oportuno de las prestaciones establece el Código Sustantivo del Trabajo”*.

La jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que la falta de afiliación de un trabajador a una caja de compensación familiar trae como consecuencia que sea el empleador, quien, a título indemnizatorio, asuma el pago del respectivo subsidio familiar, siempre y cuando se demuestren que se cumplen los requisitos legales para ello (CSJ SL10396-2017; CSJ SL3009-2017; CSJ SL3956-2022).

En ese orden, no es acertado afirmar, como lo sostuvo la juzgadora de instancia, que el trabajador afectado no pueda reclamarle al empleador tal prestación social, sino únicamente a la caja de compensación de familiar, cuando, dicho sea de paso, ello no es lógico por la sencilla razón de no estar afiliado. No obstante, debe señalarse que, aun así, en el expediente no quedaron demostrados los requisitos legales para emitir una condena, por las razones que se exponen a continuación:

Los artículos 18, 20 y 23 de la Ley 21 de 1982, en concordancia con el artículo 3.º de la Ley 789 de 2002, establecen que son beneficiarios del subsidio familiar en dinero los trabajadores que: *i)* tengan el carácter de permanentes; *ii)* tengan una remuneración mensual, fija o variable, que no sobrepase 4 salarios mínimos legales vigentes mensuales o que sumados los ingresos entre cónyuges o compañeros no exceda de 6; *iii)* que laboren al mes 96 horas al mes; y *iv)* que tengan a cargo las



personas que den lugar a recibir a este beneficio. De este último requisito el numeral 1.º del párrafo 1.º del artículo 3.º en cita determina que entre ellos se encuentran los hijos hasta los 18 años, de los cuales solo deben acreditar escolaridad *“en establecimiento docente debidamente aprobado”* quienes tengan más de 12 años.

En el presente caso, la demandante cumplía con el carácter de permanencia, en razón a que su relación laboral se mantuvo vigente desde el 30 de diciembre de 2014 al 9 de junio de 2016, como quedó definido en primera instancia y no fue objeto de discusión. De igual forma, del clausulado del contrato de trabajo aportado, se corrobora que su servicio estuvo regido por la jornada máxima legal de 8 horas al día y 48 horas a la semana (pp. 7-9, archivo01). Del salario, no hay debate que asciende al mínimo mensual.

En cuanto a la falta de afiliación a una caja de compensación familiar, se tiene el certificado expedido el 8 de noviembre de 2018 por Cafam, donde se corrobora que la demandante estuvo vinculada del 30 de enero al 21 de septiembre de 2015, sin que exista registro de afiliaciones con posterioridad a esa fecha (p. 17, archivo01).

Frente a las personas a cargo, que dan lugar al beneficio por la carga familiar, obran los registros civiles de nacimiento de sus dos hijos menores de edad BDFC y DAFC, el primero nacido el 23 de mayo de 2006 y el segundo el 13 de febrero de 2016, por lo que a la fecha de presentación de la demanda tenían 13 y 3 años, respectivamente (pp. 18-19, archivo01).

Respecto de su segundo hijo no hay obligación de aportar prueba de la escolaridad porque no alcanzó a tener los 12 años, recuérdese que tiene 3 años. En cambio, del segundo sí, pero resulta que en el expediente no hay un solo elemento de convicción que así lo corrobore.

Adicional a ello, no hay prueba del monto de la cuota de subsidio familiar en dinero que fue fijada para la respectiva circunscripción territorial para el año 2016. Al respecto, la jurisprudencia ordinaria laboral ha precisado que estos dos factores no pueden ser tenidos como hechos notorios, porque no están regulados por norma de alcance nacional (ley), sino por los consejos directivos de las cajas de compensación familiar según el numeral 4.º del artículo 54 de la Ley 21 de 1982; por lo tanto, corresponde a la parte demandante acreditar cuál es la cuota monetaria fijada por la



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces en el mes de enero de cada año acorde con el artículo 3.º del Decreto 1769 de 2003.

En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada en este aspecto, pero con base en las razones aquí explicadas.

Costas. Ante la prosperidad parcial del recurso de apelación, no habrá condena en costas en esta instancia ante su no causación.

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

Resuelve:

Primero: Revocar parcialmente el numeral cuarto de la sentencia proferida el 28 de enero de 2022 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar, **condenar** a la sociedad demandada **Serviactiva Soluciones Administrativas S.A.S.** a pagar a la demandante la suma de **\$152.254,65** por concepto de compensación en dinero de las vacaciones correspondiente al año **2016**.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada, acorde con lo aquí considerado.

Tercero: Sin lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2.º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación: **11001-31-05-018-2019-00296-01**
Demandante: **AMPARO INES MORENO RESTREPO**
Demandados: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D.C. a los **30 DIAS DEL MES DE ENERO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido la Ley 2213 de 2022, que erigió como legislación permanente el Decreto 806 de 2020, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

AMPARO INES MORENO RESTREPO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes desde la fecha de defunción de **ALFREDO ISAZA RODRIGUEZ** (q.e.p.d.), la indexación o ajuste e los valores dejados de reconocer, mesadas pensionales desde el 25 de abril de 2016, intereses moratorios, ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, narra en la demanda la accionante que contrajo matrimonio “católico” (sic), con ALFREDO ISAZA RODRIGUEZ (q.e.p.d.), el 21 de diciembre de 2002, en la Notaria 5 de Bogotá; de la unión se procreó un hijo, actualmente mayor de edad; el 25 de abril de 2016 falleció su cónyuge; el 20 de febrero de 2018 solicitó a Colpensiones la historia Laboral de su cónyuge en donde se refleja que cotizó 904.71 semanas, en toda su vida laboral; el 12 de mayo de 2018 solicitó a Colpensiones le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes; mediante Resolución SUB 176739 de 29 de junio 2018, le fue negada la prestación solicitada; que tiene derecho a que se le reconozca la pensión reclamada.

Como fundamentos de derecho señala que tiene derecho que se le reconozca la pensión con base en las normas anteriores, correspondiente a la ley 100 de 1993, cita jurisprudencia que alude a la condición más beneficiosa. (PDF 03demanda).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 4 de noviembre de 2021, resolvió:

“...PRIMERO - ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra, acorde a lo anteriormente visto.

SEGUNDO .-CONDENAR en costas a la parte demandante, señálense como agendas en derecho la suma de \$400.000.00 pesos.

TERCERO - Contra la presente providencia precede el recurso de apelación. En caso de que la demandada no apele esta sentencia, se concederá el grade jurisdiccional de consulta...”

III. RECURSOS DE APELACION

La **parte demandante**, inconforme con la decisión, a través de su apoderado interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos generales, que el causante antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cotizó 904, como consta en el expediente, asimismo resalta que según la sentencia SL 2542 de 2021 Magistrada Jimena Isabel Godoy Fajardo, radicación 60204 de 23 de junio de 2021, en cumplimiento a una orden impartida por la Sala de Casación Civil de esa Corporación hace también referencia al artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, dando aplicación al artículo 6 y 25 del acuerdo 049 de 1990 en donde hace énfasis del

reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la condición más beneficiosa, de igual manera el causante tenía un derecho adquirido ya que satisfacía los requisitos establecidos en la ley, destaca que el causante contaba con más de 300 semanas en la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que cumplió con los requisitos en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido en segunda instancia para alegar, la apoderada de la parte demandante presentó escrito, en el que manifestó:

“... 1. El problema jurídico en el presente caso, dada la apelación interpuesta por la suscrita, consiste en determinar si la decisión de primer grado se ajusta a derecho, dado que el juzgado de Instancia emitió fallo el día 04 de Noviembre de 2021, sentencia la cual fue opuesta a los intereses de mi representada.

2. Ahora bien, mi representada acredito los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, por alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes.

3. No existe duda que al fallecer el señor ALFREDO ISAZA RODRIGUEZ (q.p.d.), el 25 de Abril de 2016, la norma vigente es la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, sin que el causante hubiera cumplido con el requisito de las 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, toda vez que la última cotización la realizó el 1 de Abril de 1990, alcanzando un total de 904.71 semanas en toda la vida laboral.

4. Ahora, en cuanto a la aplicación del parágrafo 1° del art. 46 Ley 100/93, que establece la posibilidad de reconocer a los beneficiarios del causante la pensión de sobrevivientes cuando este haya cotizado el número de semanas requerido en el régimen de prima media con anterioridad a su fallecimiento lo cual dejó acreditado el causante por la densidad de semanas necesarias para efectuar el reconocimiento de la prestación a la demandante en aplicación de esta norma.

5. Así las cosas, se evidencia que el de cujus era beneficiario del régimen de transición, establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 01 de abril de 1994, contaba con 904.71 semanas de cotización, es decir más de 15 años de servicios cotizados y con 43 años de edad; beneficio que mantuvo a pesar de la expedición del Acto Legislativo 01/2005, puesto que a la fecha de entrada en vigencia del mismo contaba con más de 750 semanas, por lo que las prerrogativas consagradas por el artículo 36 de la Ley 100/93 le fueron extendidas hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en la cual culminó la aplicación de dicho régimen.

6. Ello da lugar a realizar el estudio bajo los requerimientos del art. 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, conforme al alcance que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, le han otorgado al principio de la condición más beneficiosa, con el que se propende por dar protección pensional a quienes no cumplieron la densidad de semanas requeridas en la norma vigente al momento de producirse la contingencia de la muerte o la invalidez, pero sí acreditaban el número de semanas cotizadas exigidas en la normatividad anterior.

7. Se ha de aclarar que según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4650-2017, la condición más beneficiosa tiene un carácter excepcional, por lo tanto su aplicación es restringida y temporal, razón por la cual en dicha providencia trazó los lineamientos para la concesión de las pensiones en aplicación de este principio cuando se cumplan los requisitos de - Cotización y acaecimiento de la muerte del afiliado entre el 1 de

Marzo de 1.971 y entre el 25 de Abril de 2016, periodo en el cual sostuvo que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos; pues bien, que revisada la historia laboral del señor ALFREDO ISAZA RODRIGUEZ, se precisa que este no acredita la densidad de semanas que exigía la Ley 100/93 en su versión original, al no haber cotizado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, ya que no cotizó ninguna semana durante dicho lapso.

8. Ahora bien, frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, esta Sala de Decisión había adoptado el criterio instituido por la Corte Constitucional en sentencia SU 442 de 2016, pese a lo anterior, y ante el ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes que realizó la Corporación en sentencia SU 005 de 2018, asume la posición mayoritaria de esta sala este cambio jurisprudencial, en consecuencia se acoge al criterio en ella expuesto.

9. Así entonces, se tiene que a través de la sentencia SU-005 de 2018, expedida por la Corte Constitucional, la corporación ajustó la jurisprudencia en el entendido que: “sólo respecto de las personas vulnerables resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 -o regímenes anteriores- en cuanto al requisito de semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003”

10. En el referido fallo se dejó sentado por el Alto Tribunal, que la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con la aplicación de la condición más beneficiosa de afiliados que fallecen bajo la vigencia de la ley 797 de 1993, únicamente para aplicación ultractiva de la norma inmediatamente anterior, esto es la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable, pues si bien no adquirieron el derecho en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares, amerita protección constitucional.

11. Se hace claridad en la providencia que se consideran como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el test de procedencia, esto es, las personas en quienes confluyan circunstancias que “(i) les permitan pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o en quien confluyan múltiples riesgos tales como pobreza extrema, discapacidad, enfermedades graves, analfabetismo etc., (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta directamente su mínimo vital, (iii) dado que dependía económicamente del afiliado que falleció y (iv) quien no realizó las cotizaciones en los últimos años de su vida por una imposibilidad insuperable, tienen una afectación intensa a sus derechos fundamentales y, por tanto, la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia resulta, para ellos en particular, desproporcionada y, por tanto, contraria a la Constitución”.

12. Así, una vez realizado el test de procedencia determina esta Sala que la demandante se encuentra en uno o varios supuestos que le generan un riesgo inminente y requieren de un miramiento exclusivo, tales que ostenta la condición de cabeza de familia, a saber declaraciones extraprocesales que reposan en el expediente, rendidas por los señores GILBERTO ANTONIO MORENO RESTREPO Y DUVAN ALBERTO MORENO FLOREZ, donde manifestaron bajo la gravedad de juramento que la señora AMPARO INES MORENO RESTREPO dependía económicamente de su esposo fallecido.

13. Del mismo modo, se encuentra demostrado que el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta su mínimo vital, pues en el plenario no se acreditó que la demandante contara con una fuente autónoma de renta, que no se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones como cotizante activa, ni a Riesgos Laborales por lo que se infiere que en la actualidad no cuenta con una fuente de empleo formal, así mismo se debe tener en cuenta que en las referidas declaraciones extra juicio se indicó que el causante era quien proporcionaba a la actora lo necesario para su subsistencia.

14. Respecto a la tercera condición exigida por el test, la actora demostró con las declaraciones extra juicio que obran en el expediente administrativo arrojado al plenario

que dependía económicamente del causante y que convivió con él hasta el momento de su fallecimiento.

15. En lo atinente a establecer que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el SGP para la adquisición del derecho a la pensión de sobrevivientes, según se expuso en la sentencia SU 005/2018 este requisito fue creado mediante dicha providencia, por lo que la existencia de estas situaciones se infiere de las condiciones de edad y ausencia ingresos por cuenta de un empleo al momento de su muerte.

16. Por último, en lo referente a establecer que la actora tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión, se establece sobre que la demandante fue diligente en las gestiones adelantadas, ya que el deceso del señor ALFREDO ISAZA RODRIGUEZ acaeció en abril de 2016, la reclamación administrativa data de Mayo de 2018, el acto administrativo de Colpensiones.

17. De acuerdo con lo anterior, al encontrarse acreditadas las condiciones previstas en el test de procedencia, se concluye que la demandante lo supera con el fin de que le sea aplicado el Decreto 758 de 1990, en virtud de la condición más beneficiosa, por ende si reúne los requisitos establecidos en dicha norma para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

18. Pues bien, el Decreto 758 de 1990, establecía en su artículo 25 que habría derecho a la pensión de sobrevivientes cuando la muerte del asegurado fuera de origen común en el siguiente caso: “a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común.” A su vez el artículo 6º ibídem exigía como requisito para la pensión de invalidez: “haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”; revisada la historia laboral, para el momento del óbito el causante tenía cotizadas un total de 904.71 semanas en toda su vida laboral, de las cuales fueron sufragas antes del 01/04/1994, por ende se determina que el señor ALFREDO ISAZA RODRIGUEZ dejó causada la pensión bajo los presupuestos establecido en dicha norma.

19. Por otro lado, en cuanto a la calidad de beneficiaria de la señora AMPARO IINES MORENO RESTREPO, se deben verificar los requisitos establecidos en el art. 27 ib., norma que en su numeral 1º determina que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia como cónyuge su persiste.

20. En el plenario se encuentra probada y acreditada la calidad de conyugue supérstite de la demandante, conforme se extrae de las declaraciones extra juicio allegadas al plenario, quienes dieron cuenta de la convivencia entre el causante y la actora por más de 15 años, hasta el fallecimiento del señor ALFREDO ISAZA RODRIGUEZ.

21. De acuerdo con lo expuesto, no puede desconocerse el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en calidad de conyugue supérstite, por ende, se encuentra ajustado a derecho el reconocimiento de la prestación.... ..”

La parte demandada, en sus alegatos, luego de mencionar y transcribir el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación del artículo 13 de la Ley 797 de 2002, expone:

“...Para analizar la procedencia de esta norma basta con rememorar la sentencia SL de la corte suprema de justicia con radicado 36799 de 29 de julio de 2009, en la cual concluyó: “Por tanto con miras a unificar criterios y a garantizar la seguridad jurídica para los usuarios del servicio de justicia, se acoge la interpretación de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en torno a la improcedencia de aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en materia de pensión de sobrevivientes, por vía del principio de la condición más beneficiosa en los eventos en que el asegurado falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003 y es que las motivaciones de esta tesis no sólo obedecen a que las normas sobre el trabajo, son de

orden público y producen efecto general inmediato, sino también en aplicación del principio de solidaridad y equilibrio del Sistema de Seguridad Social, pues quien aspire a beneficiarse de los derechos y garantías que éste confiere, debe asumir la obligación de cotizar, que le imponen para acceder a las prestaciones que ofrece, las cuales no son gratuitas, puesto que, quien tiene alguna expectativa bajo una norma determinada, si el mismo régimen normativo no prevé en su favor derecho consolidado, puede modificarlo el legislador hacia el futuro, de manera que no se garantizan sino los derechos ciertos y beneficios consolidados, o aquellas expectativas que la misma ley protege, lo que no ocurrió en este caso, de manera que no podía accederse a la protección deprecada”

Que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 556 de 2009, resolvió declarar inexecutable los literales a y b del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales.

Que la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, mediante Circular 01 de 2012, se pronunciaron respecto a los efectos de la mencionada sentencia de la Corte Constitucional, señalando que debe acogerse la fuerza vinculante de la ratio decidendi de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional donde se consideró que el requisito de la fidelidad siempre fue considerado inconstitucional y `por ello fue inaplicable, por contravenir el principio de progresividad de los derechos, y donde la ratio decidendi se constituye en precedente constitucional que debe acogerse en todo momento cuando se observen casos con hechos equivalentes, en la medida que el mismo hace parte sustancial del orden jurídico que impone su obligatorio cumplimiento para el operador jurídico.

Además, debe tenerse en cuenta que los cambios normativos a que se ha hecho referencia han conducido a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a construir la teoría de la condición más beneficiosa; teoría que se ha acogido ante el cambio normativo del acuerdo 049 de 1990 a la ley 100 de 1993, al igual que frente al cambio normativo de la ley 100 de 1993 a la ley 797 de 2003.

Uno de los argumentos empleados por esta corporación, es que el principio de la condición más beneficiosa supone –sin más- una sucesión normativa en la que el derecho del afiliado estaba debidamente consolidado en vigencia de la norma anterior y se trastoca con el advenimiento de la nueva norma, de ahí que los efectos de aquélla por resultar más benéficos, se apliquen de manera preferente que los de ésta. Es menester señalar que el mentado principio al convocar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso, impide hacer un rastreo histórico en búsqueda de normas pretéritas que hipotéticamente hubieran podido igualmente regular tal situación hasta encontrar la que mejor se acomode a los intereses particulares del actor, pues ese fenómeno ultractivo no es posible predicarlo sino de la norma inmediatamente anterior, dado que se parte de que bajo su vigencia quedaron derogadas todas las demás que le precedieron.

Anudado a lo anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 25 de febrero 2017, radicación 45262, precisó que la aplicación de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo de Ley 100 a 797 no se puede convertir en una cadena al infinito, o mejor, en una “zona de paso permanente”, que difiera en el tiempo la aplicación del nuevo régimen en pensiones de siniestro. A juicio de la Sala de Casación, el puente normativo que se tendió a quienes habían construido una expectativa legítima de derecho con arreglo a la norma anterior, debe tener una duración determinada, en tanto que la protección dispensada por el aludido principio es eminentemente temporal y por ningún motivo puede devenir en un obstáculo frente al cambio normativo y la adecuación de los preceptos normativos a la realidad social y económica nacional. Con base en esa premisa, la Corte indicó que el criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa en lo que respecta a la pensión de sobrevivientes aplica únicamente para aquellas personas que habiendo edificado una expectativa legítima con venero en la Ley 100 de 1993 fallecieron entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

En ese orden de ideas y de conformidad con el concepto interno 2017_12672083, en el caso particular no hay lugar a dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa. Frente

al requerimiento de acreditar que estuvo haciendo vida marital, la Corte ha sostenido que la finalidad es beneficiar a quienes realmente compartían vida con el causante, pues la pensión de sobrevivientes busca proteger a quien ha convivido permanente, responsable y efectivamente con el pensionado, asistiéndole en sus últimos días. Así se ampara una comunidad de vida estable y permanente, por oposición a una relación fugaz y pasajera. De la documental que reposa en la entidad se logra acreditar que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, es decir haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento toda vez que la norma aplicable para el caso en concreto es la ley 797 de 2003, así mismo, la entidad luego de estudiar la condición más beneficiosa, es decir aplicar la ley anterior, en este caso la ley 100 de 1993 encontró que el causante acreditó las 26 semanas de cotizaciones dentro del año inmediatamente anterior a su fallecimiento. Por lo anteriormente expuesto NO se dan las condiciones legalmente exigidas y se ve la improcedencia en el reconocimiento de la pretensión de la demandante.”

Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01 ActaDeReparto. Cdno. 02 Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 21 de noviembre de 2022 (PDF 07Actareparto ídem).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados en la oportunidad legal, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Conforme lo planteado en la sustentación del recurso de apelación, la controversia radica en determinar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa respecto de la pensión de sobrevivientes reclamada.

Se tiene como supuestos facticos, que ISAZA ALFREDO, c.c. 3.267.799 de Zipaquirá, falleció el 25 de abril de 2016, como lugar de defunción Estados Unidos, condado Miami Florida. (folio 1 PDF 04AnexosDemanda).

Asimismo, obra Resolución No. SUB 176739 de 29 de junio de 2018 emitida por COLPENSIONES, mediante la cual negó la pensión de sobrevivientes a la demandante, en cuya parte motiva se señala que la accionante presentó registro civil de defunción, registro civil de nacimiento de la beneficiaria, copia de la cedula de la beneficiaria, declaración extra juicio de la beneficiaria y de terceros, y copia del registro civil de matrimonio; se expresa que el causante nació el 11 de marzo de 1947, y falleció el 25 de abril de 2016. Se relaciona las entidades a las cuales prestó servicios y periodos de cotización, siendo el ultimo el comprendido entre el 199000101 al 19900401, acreditando un total de *“6.333 días laborados, correspondiente a 904 semanas”*; se alude a artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, como al artículo 47 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y después de citar conceptos internos, y exponer argumentos, se termina como se dijo negando la pensión pretendida. (folio 6-11 PDF 04Anexos Demanda).

Resumen de semanas emitido por COLPENSIONES del causante, en donde se relaciona empresas, tiempo laborado, ultima *“01/04/1990”*, para concluir como total de semanas cotizadas 904.71 (folio 12 PDF 04Anexos Demanda).

Igualmente se observa en el mismo cuaderno declaración extrajuicio rendida por la demandante ante la Notaria 2 del Círculo de Bogotá, en donde después de identificarse señala que *“de estado civil viuda, de profesión u ocupación hogar, domiciliada en Miami -Florida – Estados Unidos de Norteamérica, de paso por la ciudad de Bogotá D.E.”* en donde manifiesta la fecha de fallecimiento de su esposo, que convivió bajo el mismo techo, lecho y mesa hasta la fecha de su fallecimiento, y procrearon un hijo (folio 14-15)

En consecuencia, de acuerdo con lo consignado en los medios de prueba allegados, y se evidencia, no se presenta discusión en que el causante falleció el 25 de abril de

2016, y cotizó para pensiones 904.71, semanas, siendo la última efectuada hasta el 1 de abril de 1990.

La finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes, es establecer un marco de protección para las personas que hacían parte integrante del núcleo familiar del afiliado o pensionado fallecidos, a fin de que puedan seguir atendiendo las necesidades de subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas del deceso, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida de éstos (Sentencias T-190 de 1993 y C-617 de 2001); es decir, “...la sustitución pensional es una expresión del derecho a la seguridad social que tiene como finalidad evitar la desprotección del grupo familiar que dependía económicamente del pensionado antes de su fallecimiento...” (Sent. T-245/17).

Atendiendo la fecha de fallecimiento del causante ALFREDO ISAZA RODRIGUEZ (Q.E.P.D.), el 25 de abril de 2016, la norma aplicable, como lo ha precisado la jurisprudencia y lo previsto en el artículo 16 del CST, corresponde a la vigente al momento del fallecimiento, motivo por el cual la prestación pensional solicitada, tiene su fundamento en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, normatividad que prevé:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo [12](#) de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:
 - a) <Literal INEXEQUIBLE>
 - b) <Literal INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo [66](#) de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE

De acuerdo con la normatividad vigente al momento del fallecimiento del causante no se reúne los requisitos para tener derecho por parte de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, pues no cumple el requisito de haber cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, pues falleció el 25 de abril de 2016, y la última cotización data hasta el 1 de abril de 1990.

Como la accionante pretende e invoca la condición más beneficiosa, siguiendo la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en su especialidad del trabajo y seguridad social podría aplicarse la disposición inmediatamente anterior, que correspondería al mandato anterior a la reforma de la Ley 793 de 2003, que correspondería al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que establecía:

“PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES ARTÍCULO 46. Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. PARÁGRAFO Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.

Requisito que tampoco cumple el causante pues no estaba cotizando al momento de su fallecimiento y no reporta por las menos 26 semanas del año anterior al momento en que se produjo su muerte.

Con relación a la aplicación de la condición más beneficiosa, si bien se ha presentado posiciones diferentes entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación ha seguido el criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia, como se dijo por ser el órgano cierre de la jurisdicción ordinaria.

Es de anotar que el artículo 16 del CST, citado anteriormente, indica que las normas laborales son de orden público, producen efecto general inmediato y no tienen efecto retroactivo.

Respecto de la jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral respecto al principio de condición más beneficiosa, ha precisado su aplicación a la norma inmediatamente anterior, para lo cual se cita como criterio auxiliar lo expuesto en sentencia SL 1938 de 10 de junio 2020, Radicado 70924, MP. DR. IVAN MAURICIO LENIS GOMEZ; para mayor precisión se transcribe lo siguiente.

“...2. El principio de condición más beneficiosa. Este principio tiene gran importancia a efectos de definir la norma aplicable en caso de un cambio normativo y, en materia de seguridad social, consiste en la preservación de las condiciones o los requisitos establecidos en la disposición anterior para acceder a una prestación, cuando aquella ha sido sustituida por otra.

Tal principio en nuestro ordenamiento jurídico ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, a partir de la interpretación de algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 13 –mínimo de derechos y garantías-; no obstante, dicho estatuto constitucional lo consagró en el artículo 53.

En efecto, el citado precepto establece que «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores», esto es, que las situaciones individuales y concretas previamente reconocidas deben conservarse ante una sucesión normativa; en otros términos, la nueva norma debe respetar las reglas que el régimen previo estableció.

A diferencia de los derechos adquiridos (artículo 58 ibidem), el principio de la condición más beneficiosa no procura por la protección de situaciones jurídicas consolidadas, en tanto que su campo de acción es mucho más amplio y cubre incluso a situaciones en proceso de consolidación, pues conserva los efectos de un estatuto normativo, que si bien fue objeto de derogatoria parcial o total, eventualmente es aplicable ultra activamente.

En el caso de la pensión de sobrevivientes, la institución de la condición más beneficiosa protege las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado al sistema general de pensiones que fallece, siempre que haya cotizado la densidad de semanas establecidas en la ley anterior, pero cuyo hecho generador -la muerte-, ocurrió durante la vigencia de la norma posterior.

Pero la aplicación del principio en referencia tiene, además, las siguientes características: (i) no es absoluta ni atemporal; (ii) procede en caso de un cambio normativo, y (iii) permite la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento, si el afiliado aportó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional.

La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de un régimen o de una regulación que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo, dado que, bien comprendido, su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen normativo anterior cuando quiera que el trabajador haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho, en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada en torno a que el régimen que estaba en curso y en el que cumplió algunos presupuestos será respetado.

Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o, la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad; es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional a fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social.

En esta dirección, esta Sala en sentencia CSJ SL 7964, 4 dic. 1995, indicó que este postulado «no es absoluto y en manera alguna conduce al anquilosamiento de la normatividad laboral, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que construye su vida y la de su familia alrededor de unas expectativas económicas y jurídicas generadas en su propia labor, de manera que un cambio desfavorable de esas expectativas sólo es humana y jurídicamente admisible, cuando en cada caso concreto medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general reconocido».

De ahí que el delimitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior sirve a varios propósitos:

“1. Si la potestad de configuración de un sistema pensional permite al legislador introducir cambios a fin de garantizar los principios y objetivos del mismo, no tendría sentido mantener en el tiempo disposiciones anteriores, puesto que ello haría nugatorio todos los propósitos económicos y sociales que pretenden lograrse con una reforma.

2. Si los regímenes de transición siempre son temporales, no hay razón alguna que justifique que la aplicación del principio de condición más beneficiosa deba mantenerse indefinidamente en el tiempo, así bajo su vigencia se haya dado inicio o se hayan efectuado cotizaciones para obtener el amparo que se pretende.

3. Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental del ordenamiento jurídico: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma aplicable a una situación particular; la aplicación del principio amplía e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.

En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que pueden ser modificadas por el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración. ...”

En esta misma providencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expone el valor del precedente constitucional y de manera específica se refiere a la sentencia SU 05 2018, para señalar que se aparta de su contenido, y en

cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia definidos por la Corte Constitucional expone las siguientes razones:

“... En esa providencia, dicha autoridad judicial estableció que es posible la aplicación plus ultraactiva de la condición más beneficiosa cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003; (ii) no acredite 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y (iii) reúne el número mínimo de semanas exigidas en el régimen anterior.

Igualmente, asentó que es procedente la acción de tutela para reclamar la pensión de sobrevivientes cuando se cumplan con las siguientes condiciones del test de procedencia: (i) pertenecer a un grupo de especial de protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento; (ii) tener afectación directa de la satisfacción de necesidades básicas, esto es, su mínimo vital; (iii) depender económicamente del causante antes de su fallecimiento, de modo que la pensión de sobrevivientes constituye el ingreso; (iv) al afiliado no le fue posible seguir cotizando las semanas previstas en el sistema general de pensiones para dejar causada la pensión de sobrevivientes, y (v) la persona reclamante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de tal prestación.

Pues bien, a juicio de esta Corporación, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Asimismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y retrospectividad.

Además, de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultraactivos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019).

Por otra parte, debe advertirse que la financiación de todo sistema pensional depende de variables demográficas, fiscales o actuariales que deben ajustarse en diferentes momentos, de modo que las reformas en determinados contextos pueden privilegiar aspectos que antes no contemplaban o, potenciar algunos de ellos, como por ejemplo darle mayor peso a la permanencia en la afiliación para la adquisición de un derecho pensional que a la sola acreditación de un número específico de semanas.

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema pensional y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo

conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales. Por ello, se reitera, esta Corporación ha adocinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar una aplicable al caso particular. ...”

En consecuencia, dadas las explicaciones anteriores y lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no procede la petición reclamada, ni tampoco la aplicación de la sentencia de la Corte constitucional, que se menciona en los alegatos de conclusión, citando el test a que alude (SU 05 de 2018), por lo que se impone la confirmación de la sentencia recurrida, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

De otra parte no sobra señalar con relación a la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentencia SL 2542 de 2021, Radicación 66204, que la misma se profirió en virtud de la imposición de una sentencia de tutela, la cual sólo tiene efectos inter partes, y además en la sentencia proferida en el proceso ordinario se dejó plasmado que la decisión de tutela “desconoce el precedente obligatorio fijado por la Sala Permanente de la Corporación en múltiples sentencias, que se encuentran ajustadas al derecho constitucional del debido proceso, a las reglas procedimentales generales y especiales que son de obligatorio cumplimiento para esta jurisdicción como juez natural, en síntesis, apartarse del precedente jurisprudencial que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Estatutaria 1781 de 2016, el Acuerdo 980 de 2017 y la sentencia C-154 de 2016, debe ser respetado por esta Sala de Descongestión”, pero que debido al acatamiento de la orden que es forzoso, so pena de las sanciones legalmente previstas, dispondrá la casación de la sentencia recurrida.

De tal suerte que lo dispuesto en dicha decisión no puede servir de soporte para otras, pues se reitera que se profirió en acatamiento particular de una orden de tutela que tiene solo efectos inter partes, y no puede extenderse a otros asuntos, contrariando la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que en decisión posterior, como es la mencionada en esta providencia, ratifica y reitera el criterio, y se aparta de lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU 05 de 2018.

Además, no sobra señalar que tampoco procede el reconocimiento del derecho pretendido con base en el principio consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que solo se aplica para la pensión de vejez del subsistema de prima media con prestación definida, y frente a éste derecho el causante no reunió los requisitos que dan lugar al mismo, previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990ⁱ, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuanto no cotizo en los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima 500 semanas, ni mil en cualquier tiempo, por lo que no dejo causado el derecho a la pensión de vejez. (nació 11 de marzo de 1947, cumplió 60 años, el 11 de marzo de 2007, y en los veinte años anteriores -1987 a 2007-, no cotizo 500 semanas).

VI. COSTAS

A cargo de la parte recurrente por resultar desfavorable la resolución del recurso interpuesto. Se fija como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 4 de noviembre de 2021, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

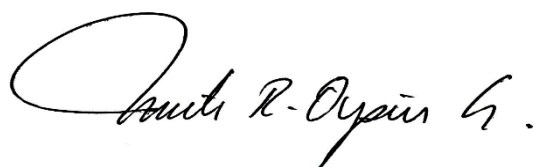
SEGUNDO. COSTAS a cargo de la parte recurrente se fija como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal vigente.

TERCERO. DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, CUMPLASE.



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

ⁱ **ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ.** Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-013-2017-00231-01**
Demandante: **INDALECIO GOMEZ OTAVO**
Demandados: **RED LINE CARGO S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los **30 DIAS DEL MES DE ENERO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en la Ley 2213 de 2022 que erigió como legislación permanente el Decreto 806 de 2020, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

INDALECIO GÓMEZ OTAVO demandó a **RED LINE CARGO S.A.S.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia de una relación laboral entre las partes, del 1° de febrero de 2012 al 7 de abril de 2014, que terminó por despido en forma ilegal y sin justa causa del demandante, incumpliendo el empleador las obligaciones generales derivadas del vínculo que lo ataba al actor, generándole graves perjuicios materiales y morales; en consecuencia, se condene al pago de todo el tiempo laborado de cesantías,

intereses a las cesantías, primas, compensación de vacaciones; indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, 99 de la Ley 50 de 1990, 3° Ley 52 de 1975; aportes a seguridad social integral en pensión, salud; perjuicios materiales y morales; indexación, ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que la sociedad demandada desarrolla la actividad comercial en la prestación de servicios especializados en transporte de carga líquida y seca para el sector de hidrocarburos; que el accionante suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa el 1° de febrero de 2012, en el cargo de *Gerente Operativo*, siendo sus labores las de *“...realizar actividades con el control de los vehículos propios, liquidar a los conductores las comisiones de los viajes realizados, realizarla trazabilidad de los viajes, revisar los anticipos, liquidaciones y bonos, informar al gerente general en caso de accidente, enviar ofertar a los posibles clientes con la presentación de la empresa, conocer y realizar sus labores con cuidado...”*; el salario pactado fue la suma de \$5.000.000, pagadero en forma quincenal a través de la cuenta de ahorro de titularidad de la esposa del accionante de Bancolombia; que *“...con la finalidad de otorgar al señor INDALECIO un capital para sus gastos de representación y viáticos en dichos viajes le fue asignada ... una tarjeta de crédito empresarial con un saldo permanente de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)...”*; la prestación del servicio era en Bogotá y sus alrededores, la sociedad *“...dispuso que el señor INDALECIO se desempeñara en Bogotá y realizara viajes por todo el país, en ciudades como Yopal, Barranquilla, Cartagena, entre otros...”*, siendo el último lugar de prestación de servicios la ciudad de Bogotá.

Sostiene que, el 7 de abril de 2014, Nestor González –socio mayoritario de la compañía- le comunicó de manera verbal que desde ese día se encontraba laboralmente desvinculado de la empresa *“...motivando su decisión en supuestos malos manejos en su gestión y hurto por lo que procedería a denunciarlo penalmente...”*; sin que se le haya garantizado el debido proceso, dado que no fue citado a descargos por las presuntas conductas alegadas, no le han entregado un comunicado escrito de despido formal; no le precisaron las circunstancias en que se dio el eventualmente hurto para que ejerciera su derecho de defensa; no le fue notificada la entrega del Reglamento Interno de Trabajo. Dice que el 19 de junio de 2014 se instauró denuncia ante la Fiscalía General de la Nación en su contra por la posible

comisión del delito de “...HURTO MAYOR CUANTÍA AGRAVADO POR LA CONFIANZA...”, radicada bajo el número 110016000050201415477, que se encuentra actualmente en curso en la Fiscalía 93 Seccional de la Unidad de Fe Pública y Patrimonio y Orden Económico Eje Estafa; sin que la accionada haya acreditado su culpabilidad, pues no existe movimientos fraudulentos, turbulentos, no registra su firma en documentos de depósitos ilícitos, ni en grandes movimientos de dinero, como se afirmó en la denuncia.

Menciona, que se sintió muy afligido con la decisión del empleador “...pues luego de dos años de excelente servicio era despedido y ni siquiera se le plantearon de forma clara y precisa los motivos de su despido...”, maltratado en su honra y afectado emocionalmente al ser acusado injustamente ante las autoridades por un delito que él no cometió y verse inmerso en un trámite de más de tres años; que con ocasión de las comunicaciones enviadas por la accionada a sus clientes desprestigiándolo, más la denuncia por hurto, le ha resultado imposible encontrar trabajo; y que la sociedad no le ha cancelado las acreencias que reclama con esta acción ordinaria laboral; por lo que el 9 de febrero de 2017 radicó en la accionada reclamación laboral sobre sus acreencias, sin que haya recibido respuesta (PDF 04).

La demanda fue repartida al **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá** (PDF 06); autoridad que inicialmente y, con proveído de 24 de abril de 2017 inadmitió la demanda (PDF 07), y una vez subsanada la misma (PDF 08); la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 09).

La sociedad demandada **RED LINE CARGO S.A.S. HOY EN LIQUIDACION** dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones tanto declarativas como de condena, señalando que “...conforme la prueba documental aportada con esta contestación y en concordancia con el mismo escrito de la demanda entre mi poderdante y el señor Indalecio Gómez Otavo no existió ninguna relación de tipo laboral. Existió una relación contractual de tipo civil que le permitía al señor Indalecio mantener el control administrativo de la empresa con autonomía, el contrato de trabajo aportado con la demanda no existe como documento comercial de la empresa y no reposa

en los archivos oficiales ni para el área de recursos humanos como tampoco para el área contable..”; que por tanto no era obligación de la empresa realizar las cotizaciones, ya que en su calidad de contratista y para el desarrollo de las actividades profesionales que asesoraba eran a cargo del hoy demandante que estas debían realizarse, “...de hecho en pruebas aportadas por la misma contraparte se puede establecer que existían pagos de nóminas realizadas por terceros ajenos al presente litigio...”.

Precisa en respuesta a los hechos de la demanda, que “...el señor Indalecio Gómez nunca perteneció a la nómina de mi poderdante, jamás se autorizó o requirió la vinculación laboral del señor Gómez pues realmente era quien ejercía el control y poder en los planos administrativos y financieros de mi poderdante en los periodos que ahora pretende se le reconozca como subordinado laboral. Como accionista fundador de la sociedad Red Line Cargo controló a su antojo todos los recursos de la compañía al punto que nombró al señor Néstor Eduardo Escobar quien elevó pretensiones similares a las del señor Indalecio Gómez ya fue vencido en primera instancia en proceso declarativo laboral que curso en el Juzgado 15 de esta misma jurisdicción; en efecto con sentencia del 27 de febrero del año en curso, mi poderdante fue absuelta al encontrarse probado que el señor Escobar no tuvo vínculo laboral con Red Line Cargo...”; que el accionante no fue contratado para ejercer ningún cargo, en colaboración personal con el inscrito representante legal Néstor Eduardo Escobar suscribieron un contrato de prestación de servicios profesionales, único documento que reposa en los archivos de la empresa. En escuetas dos páginas, es el único soporte contractual que formalmente se archivó en la empresa, documento que aparentaba una inexistente relación de asesoramiento profesional; que nunca se pactó ningún tipo de remuneración “...Al señor Indalecio Gómez, generalmente por órdenes suyas, se le hicieron consignaciones que como egresos en su inmensa mayoría fueron contabilizados como “anticipos” y de los cuales carecen en número considerable de soporte contable que demuestre su legalización...”, que “...los valores consignados por órdenes de la representante legal suplente, accionista y esposa del hoy demandante nunca tuvieron una prioridad constante, lo que evidencia los soportes contables son consignaciones realizadas a las cuentas personales de la señora Diana Cuervo en montos variables y por razones disímiles como lo fueron el préstamo de fondos de la compañía para la adquisición de vehículos para uso personal...”.

Refiere que no hubo el despido argüido por el actor, ya que no existe ningún vínculo de tipo laboral con éste “...Es lógico que si no existió despido verbal mucho menos procedería el escrito...”, que “...Nunca se presentó la denominada terminación del contrato, lo que

realmente se presentó fue una controversia ente accionistas derivada de la cuestionable malversación de fondo de la persona jurídica, que desde sus cuentas bancarias realizó varias consignaciones carentes de soporte contable que las respaldara a órdenes de las cuentas bancarias de la esposa del demandante, representante legal y accionista Diana Cuervo...”. En su defensa formuló además de una excepción previa, las de mérito o fondo que denominó: Buena fe del empleador, rompimiento de la presunción legal del contrato de trabajo, Ausencia de prueba de la subordinación (inexistencia contrato de trabajo), Representante legal es responsable de irregularidades en la administración de la sociedad (PDFs 15 y 18).

En audiencia de fecha 18 de julio de 2019, se resolvió sobre la tacha de falsedad del contrato de prestación de servicios allegado por la parte demandada (fls. 37 a 39 PDF 16), formulada por el vocero judicial del accionante, “...declarando la falsedad en el aludido documento, tanto en su contenido como en la firma de quien allí aparece como representante legal de la demandada NESTOR EDUARDO ESCOBAR GONZÁLEZ, por lo que se dejen por el titular del juzgado las constancias respectivas en el mencionado documento y se ordena su desglose del expediente, para ser remitido junto con las copias de todo el expediente a la Fiscalía General de la Nación con el fin que se adelanten las investigaciones sobre los posibles delitos que se hayan cometido sobre el documento o el fraude procesal, lo que establezca el órgano investigador...”; condenando a la parte demandada y solidariamente a la apoderada de ésta a pagar la suma equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes; disponiendo igualmente que “...De otro lado, para los efectos a que haya lugar, el documento mencionado no se tendrá en cuenta para ningún efecto dentro del presente proceso, de acuerdo a la prosperidad de la tacha que aquí se ha tramitado...” (minuto 5:40 a 13:00 Cd. PDF 55).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 30 de noviembre de 2021, resolvió:

“...PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de febrero de 2012 hasta el 7 de abril de 2014, con un salario de (\$5.000.000) cinco millones de pesos mensuales, ejerciendo el cargo de Gerente operativo, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada RED LINE CARGO S.A.S. hoy en liquidación a pagar al demandante INDALECIO GOMEZ OTAVO, las siguientes sumas de dinero:

\$10.930.555,55 cesantías
\$43.111.11 intereses de cesantía
\$1.347.277.77 prima de servicios
\$5.465.277.77 vacaciones
\$8.500.00 sanción por no consignación de las cesantías en un fondo
\$120.000.000 y a partir del mes 25 -8 de abril de 2016- el pago de intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera para los créditos de libre inversión, hasta cuando se cancelen los valores adeudados por prestaciones sociales, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada RED LINE CARGO S.A.S., consignar a Porvenir los aportes a pensión junto con los intereses moratorios en favor del demandante INDALECIO GOMEZ OTAVO, por los periodos laborados y con base en el salario devengado, esto es la suma de \$5.000.000 ..., junto con los intereses moratorios en caso de que la sociedad demandada lo haya afiliado, si no lo afilió deberá pagar por ese mismo lapso de tiempo, con base en el mismo IBC el cálculo actuarial que realice la AFP.

CUARTO: DECLARAR probada en forma parcial la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: ABSOLVER a la sociedad demandada de las demás pretensiones solicitadas en el presente proceso.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y en favor de la parte actora. Fijese como agencias en derecho en esta instancia la suma de (\$2.000.000) dos millones de pesos...”

III. RECURSOS DE APELACION:

PARTE DEMANDANTE: Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) Muchas gracias señoría, voy a presentar recurso de apelación en término, únicamente en lo que refiere a la absolución de la condena por despido sin justa causa, toda vez que considero que en el interrogatorio de parte, bueno, el cual se solicitó teniendo en cuenta que el despido fue realizado de manera verbal, el despacho considera que no hay prueba de tal despido, sin embargo, creo que y le solicitó al tribunal que revoque esa absolución y condene en cuanto a ese despido, porque el acervo probatorio digamos si da cuenta de él, en efecto el interrogatorio de parte al minuto 39:18 la representante legal confeso que el señor Indalecio dejó de ejercer sus actividades por decisión de la empresa, que el 7 de abril de 2014, y efectivamente la documental que remitió después a los proveedores también da cuenta de que les notificó que por decisión de la empresa ya no hacía parte de la compañía el señor Indalecio y que ya no los representaba ni como funcionarios ni tenía facultades de ningún tipo; hechos que en concordancia con la unidad de la prueba, la denuncia de la fiscalía que presentó la misma parte demandada y cuyo texto se trajo acá, pues dan cuenta que si fue producto de la decisión unilateral de la empresa y no de mi representado y pues, que no está justificada porque en Colombia el hecho de presentar una denuncia no significa que la persona sea culpable, de hecho después de 6, de 7 años sin avance en la fiscalía, pues es cada vez más evidente que los hechos en los que justificó su decisión de terminar el contrato la empresa, pues claramente, además de no estar en una carta pues válidamente no ocurrieron.

En ese sería el único sentido en el que presentó el recurso de apelación contra ese numeral específico, su Señoría...”

PARTE ACCIONADA: De otro lado, la vocera judicial de la parte demandada también presentó recurso de alzada, alegando lo siguiente:

“(…) Doctora, me permito presentar apelación a cada una de las condenas que nos acaban de ser impuestas, pues tal como lo dijimos en la contestación de la demanda, tal como lo manifesté en los alegatos, nunca hubo un vínculo laboral con el aquí demandante, no se probó de acuerdo con el artículo 123 (sic) que hubiera una prestación personal del servicio, que hubiera una subordinación, que hubiera un pago; adicionalmente el contrato de trabajo aportado con el escrito de la demanda, no existe como documento comercial de la empresa y no reposa en los archivos oficiales ni para el área de recursos humanos ni tampoco para el área contable; tal como lo hemos manifestado, la calidad que tuvo el señor Indalecio fue una calidad de socio, fue una calidad de representante legal de la empresa, más no un trabajador de la compañía.

Solicito también igualmente tener en cuenta cada una de las excepciones, pues ya fueron unas aprobadas, pero en especial el tema de la prescripción, Ya ante el Tribunal ampliare pues esta apelación. Muchas gracias.

JUEZ. “...Doctora, recuerde que los argumentos los debe presentar en primera instancia, en segunda instancia no le van, o sea puede ampliarlos, pero debe apelar acá, los argumentos deben ser acá y luego allá ampliar, se lo advierto porque después le rechazan allá, o no le estudian en ese tema...”

ABOGADA DEMANDADA. “...Si, si señora...” JUEZ. “...Adelante doctora, hasta ahí...” ABOGADA DEMANDADA. “...Si doctora, esos serían los argumentos...” JUEZ; “...Doctora no ha sustentado todavía la parte final. El tribunal pueda que no le estudie eso porque no ha sido sustentado, o sea puede sustentarlo acá y allá puede ampliar...” APODERADA DEMANDADA. “...Entonces, nuevamente pues solicito absolvernos de cada una de las condenas en cuanto no hubo un vínculo laboral, El hecho de no haber pagado pues unas prestaciones que fue por lo cual nos están condenando al tema de las cesantías, si, y al tema de los aportes a la seguridad social, pues no se hicieron porque para nosotros no había un vínculo laboral tal como lo he manifestado. Todas estas prestaciones pues se hubieran generado en caso de tener un vínculo, al no tener un vínculo, pues nosotros no podíamos, no teníamos la obligación.

Adicionalmente el tema de la moratoria, considero que no hubo mala fe por parte de nosotros, hubo siempre buena fe, siempre todo en el marco de un contrato comercial y una relación con un socio. esos serían los argumentos doctora.....”

La juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01 Cdno. 02 SegundaInstancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente

a esta Corporación (PDF 04 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 9 de noviembre del año en curso (PDF 06 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El término concedido en segunda instancia para alegar, transcurrió en absoluto silencio de las partes.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y accionada, respectivamente; teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Atendiendo lo señalado por los voceros judiciales de las partes, al interponer los recursos, se advierte que la controversia en esta instancia radica en determinar, si: (i) se configuró un contrato de trabajo; de resultar afirmativo dicho cuestionamiento; (ii) proceden las condenas en los términos impuestos por la juzgadora de primer grado; (iii) así como por la sanción moratoria o como lo sustenta la apelante, la conducta de la demandada se puede enmarcar en el ámbito de la buena fe; (iv) hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa como lo reclama la parte actora y; (v) operó el fenómeno prescriptivo.

Sobre la existencia del contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra los elementos esenciales del mismo, tales como son: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia, y el salario. Frente a la subordinación y dependencia, se debe advertir que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, estipula la presunción consistente en que: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, la cual puede ser desvirtuada

con la demostración del hecho contrario al presumido. Igualmente, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, consagrado en el art 53 de la CP, el juez debe darle primacía a los que se deduce de la realidad, de los hechos y no de las formas, es decir, documentos elaborados por las partes.

Respecto a los alcances del artículo 24 de la norma sustantiva del trabajo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia No, 30437 del 1° de julio de 2009, explicó lo siguiente:

“(...) el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo” y no establece excepción respecto de ningún tipo de acto, de tal suerte que debe entenderse que, independientemente del contrato o negocio jurídico que de origen a la prestación del servicio, (que es en realidad a lo que se refiere la norma cuando alude a la relación de trabajo personal), la efectiva prueba de esa actividad laboral dará lugar a que surja la presunción legal.

Por esa razón, como con acierto lo argumenta el recurrente, en ningún caso quien presta un servicio está obligado a probar que lo hizo bajo continuada dependencia y subordinación para que la relación surgida pueda entenderse gobernada por un contrato de trabajo.”

“Así las cosas, forzoso resulta concluir que incurrió el Tribunal en el quebranto normativo que se le atribuye, porque, desde sus orígenes, ha explicado esta Sala de la Corte que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el citado artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una importante ventaja probatoria para quien alegue su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, desvirtuar dicha subordinación o dependencia.”

Es pertinente recordar que tales sub reglas o presupuestos jurisprudenciales han sido reiterados, entre otras, en las sentencias CSJ SL10546-2014, MP. Dr. Gustavo Hernando López Algarra; CSJ SL16528-2016, MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga; CSJ SL1378-2018, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

En ese orden, al trabajador demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, para con ello dar viabilidad a la presunción mencionada y

tener por acreditado el contrato de trabajo; y en tal evento, le correspondería al demandado de quien se predica la condición de empleador, desvirtuar dicha presunción (Art. 24 CST). Veamos si en el presente asunto, la parte actora cumplió con tal carga procesal.

Pretende el demandante la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad accionada, entre el 1° de febrero de 2012 y el 7 de abril de 2014, devengando como salario mensual la suma de \$5.000.000, que le era pagado mediante depósito en cuenta de ahorro del Bancolombia, cuya titular era su esposa -Diana Cuervo-; en el cargo de Gerente Operativo, siendo sus labores entre otras las de *“...control de los vehículos propios, liquidar a los conductores las comisiones de los viajes efectuados, realizar la trazabilidad de los viajes, revisar los anticipos, liquidaciones y bonos, informar al gerente general en caso de accidente, enviar ofertas a los posibles clientes con la presentación de la empresa, conocer y realizar sus labores con cuidado...”*; vínculo que terminó por despido ilegal y sin justa causa.

En el presente asunto, se practicaron los siguientes medios de prueba: interrogatorios de la representante legal de la accionada, del demandante y, los testimonios de Ramiro Rincón Tique y Néstor Eduardo Escobar González; quienes respecto al desarrollo de la vinculación de la parte actora señalaron:

La representante legal de Red Line Cargo SAS –Sandra Maritza Díaz González, actual liquidadora de la sociedad-, señaló que el accionante no firmó contrato de trabajo con la demandada el 1° de febrero de 2012, como la interrogó el apoderado del gestor, por cuanto *“...en los archivos de la empresa nunca constó, nunca se vio copia, ni original ni ningún documento adicional que sustentara que existía este contrato, ni mucho menos afiliaciones al sistema integrado de gestión, o formatos de afiliado o vinculación a la cuenta de nómina, no cumple ninguno de los requisitos adicionales que solicita la empresa en la vinculación de un trabajador, ni hay exámenes de ingreso, ni hay cuenta bancaria, ni formatos de afiliación al sistema de seguridad social, no existe ninguno de los requisitos adicionales para configurar el tema del contrato y no existe copia en el archivo de la empresa....”*; que la sociedad le suministró al demandante un equipo de cómputo para la ejecución de sus labores contractuales, así como correo electrónico gerenciaoperaciones@redlinecargo.com, a través del cual aquel remitía ofertas de servicios a potenciales clientes, al igual

que tarjetas de presentación con el logo de la sociedad identificándolo como Gerente Operativo “...y con ellas él se presentaba ante los clientes comerciales...”; también lo afilió a la ARL SURA el 1° de febrero de 2012, precisando “...se afilio de manera temporal para que pudiera asistir a uno de los pozos o uno de los contratos que tenía la empresa para una verificación, ese es un requisito si no está con la cobertura de ARL no podía ingresar...”.

Sostuvo que después del 7 de abril de 2014, el actor dejó de realizar labores para la demandada como el envío de cotizaciones y ofertas de servicios a clientes, pero que desconoce “...las razones, teniendo en cuenta que el día que yo asistí por primera vez a Red Line en compañía del señor Néstor González estaba el señor Indalecio y él simplemente salió de la oficina y no volvió, ese 7 de abril de 2014...”, y que la accionada interpuso una denuncia penal contra el accionante en la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte **el demandante**, en el interrogatorio, señaló que no tenía cuenta de nómina de la empresa a su nombre “...debido a que yo tengo un embargo entonces no puedo tener cuenta de ahorro porque si no me embargaban el sueldo...”, aclarando que tiene un embargo vigente por cuenta del banco de Occidente, que “...debido a mi estado de salud en el 2010 que me hicieron operación de corazón, tuve un declive en la empresa en la cual tenía que se llamaba Transportes Sol de Colombia, debido a la operación, todos los acreedores cayeron como quien dice a ...(sic), porque en el argot dijeron que yo me había muerto y no que estaba en cirugía y a raíz de eso vinieron varios procesos, el único que me notificaron como embargo fue del banco de occidente...”; refirió que fue socio de la pasiva hasta noviembre de 2011, por lo que cuando empezó a trabajar con Red Line Cargo SAS no era accionista, que sus acciones “...se las vendí a las empresas que representaba el señor Néstor Alfonso González, las empresas si mal no recuerdo es que son varios, pero creo que una era Néstor Alfonso González S C, algo así y la otra era Venemotor algo así, no me acuerdo bien., pero fue dos, y el otro 50% se lo vendí a mi señora Diana Ivonne Cuervo, el mismo noviembre de 2011...”.

Expuso que, celebró contrato laboral con la sociedad porque aquella necesitaba una persona con su experiencia para poder funcionar, que la vinculación fue efectiva “...fue vinculación laboral, claro ciento por ciento, yo asistía cuando había un evento de accidente yo era que iba a la zona en representación de Red Line y de Gerencia operativa con el jefe de mantenimiento hacer todo el tema de la recolección de los residuos, yo iba a presentarme ante las petroleras cuando empezábamos a hacer una nueva operación, me presentaba, miraba como era la logística de ahí, la traía a la empresa, la explicaba a los subordinados y al

representante legal y de ahí se empezaba a hacer un esquema de trabajo; en la parte operacional todo lo que es ese tema...”; que cumplía horario de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 1:00 p.m., o 1: ½ o 2:00, tenía una hora de almuerzo y por la tarde salía a las 5: ½, 6:00 o a veces 7:00 de la noche, y los sábados de 8:00 a 1:00 p.m.; que las ordenes e instrucciones se las impartía el representante legal de la empresa; admitió que “...mis pagos se acordaron que se realizaban de las quincenas se consignaban a la cuenta de mi señora esposa...”; que nunca le hicieron pago de prestaciones sociales, las que reclamaba de manera verbal, aunque no lo hizo formalmente.

Refirió que dejó de prestar servicios “...porque en su debido momento el señor Néstor González, me llamó y me dijo que hacían falta dineros en la cuenta de la empresa, en el cual yo le aduje que no tenía conocimiento porque primero no manejaba la cuenta de la empresa, no tenía firma autorizada, no tenía un toquen, no sabía el número de la cuenta, antes de eso nos salió con el cuento que el banco les había dicho a ellos, como en un solo banco tienen varias cuentas de las varias empresas, entonces nos salió diciendo que las cuentas estaban, que la seguridad del banco había dicho que iban a hacer un desfaldo en las cuentas, entonces que esas cuentas tenían que dejarlas así quietas, a los 8 días paso que cobraron un cheque en Cartagena por \$70 millones, un cheque de gerencia, y Ud. tiene que ir al polígrafo...”; que él nunca manejo la cuenta de la empresa y, no tenía firma registrada, que el señor Néstor González “...era el accionista mayoritario de las empresas que él tenía, era miembro de la junta directiva...”.

El testigo **Ramiro Rincón Tique**, quien se desempeñó en la accionada como contador entre el 1° de febrero y el 30 de noviembre de 2012, refirió que conoció al demandante porque “...trabajó conmigo en la empresa Red Line Cargo SAS, durante el tiempo que yo permanecí allí...”; que aquel ingresó en la misma fecha del testigo pero cuando éste salió aquel quedó laborando en la sociedad y no sabe hasta cuándo lo hizo “...pero cuando yo me retire el 30 de noviembre de 2012, él siguió laborando ahí no sé hasta cuándo...”; que el actor ostentaba el cargo de Gerente de Operaciones, que realizaba las actividades propias de la operación de transporte de carga líquida, “...él coordinaba todo el tema de solicitudes de anticipos para otorgarle a los transportadores...”, también hacía planificación del recorrido, seguimiento a la carga, atendía los posibles accidentes; que cuando la empresa tuvo “...la flotilla propia, no me acuerdo la fecha, pero fue en el año 2012, Indalecio hacía los recorridos para estimar más o menos cuanto se debería otorgar de viáticos a cada conductor entre campo Rubiales - Puerto Gaitán hasta Cartagena y de Yopal hasta Cartagena para determinar más o menos donde se hospedarían , cuanto

más o menos duraba el recorrido ya con la carga propia y todo lo demás y de esa manera determinar costos, como gastos de hoteles, alimentación, peajes, el mismo combustible consumido por los vehículo...”; que esa actividad la ordenó el Gerente General de la época –Néstor Escobar-, situación de la que da cuenta y le consta “...porque en ese tiempo a ni me tocaba junto con mi asistente legalizar los viáticos del recorrido de Indalecio Gómez que lo envió el representante legal para hacer esto, para determinar este tipo de costos...”, es decir “...como contador depure y legalice esas cuentas, todo lo que implico ese trabajo...”.

Precisó que, la persona que vínculo al demandante fue “...Néstor Eduardo Escobar que era el representante legal de ese tiempo o Gerente General, el 1° de febrero del año 2012...”, “...a través de un contrato de trabajo, este contrato de trabajo fue revisado en ese tiempo por el señor Fabio Victorino que era el Revisor Fiscal de la compañía y también una asesora jurídica que tenía la empresa en ese tiempo, pero que en este momento no me acuerdo del nombre...”; que el salario de aquel era de \$5.000.000 mensuales, pero que “...no se le giraba a él directamente por solicitud del mismo señor Indalecio Gómez, porque en ese tiempo él tenía un embargo, pero se le giraba a las cuentas de la esposa que se llama Diana Ivonne Cuervo...”; que éste –el actor- cumplía horario, el cual era el mismo para todos “...de lunes a viernes de 8:00 de la mañana a 1:00 de la tarde y de 2:00 a 5:1/2 de lunes a viernes y los sábados de 8:00 de la mañana a 12:00 del mediodía...”; que aquel recibía órdenes del “...representante legal que era el gerente general Néstor Eduardo Escobar-...” tales como “...necesito para tal día tal cosa, necesito equis informe, necesito que me contrate tal cosa...”; las cuales se impartían de manera verbal o “...también a través de correos electrónicos se impartían instrucciones....”.

Reitera que el actor estuvo vinculado a través de un contrato de trabajo, que no supo de la celebración de un vínculo de prestación de servicios, sostuvo que asevera lo primero, porque “...la instrucción que a mi dieron en ese tiempo fue el señor Fabio Victorino, para elaborar, coger, bajar de forma minerva un contrato y hacerlo estándar pero de acuerdo a los cargos, dejarlo modificar el tema de las funciones y demás cosas, que eso ya lo hacía directamente la jurídica y todo lo demás, por eso le digo que se hicieron los contratos los revisó el revisor fiscal y la asesora jurídica junto con el representante legal de esa época también, para todo el personal, incluyendo el señor Indalecio Gómez...”, que “...los contratos de trabajo se hicieron para todos, yo hice el contrato, todos los borradores los hice yo incluido el del demandante, porque como le digo, mi misión era organizar toda la parte administrativa y contable...”.

Y el declarante **Néstor Eduardo Escobar González**, refirió que con la sociedad demandada tuvo “...una relación laboral desde diciembre de 2011, yo venía ejerciendo como representante legal y gerente general de una sociedad llamada Tras Andino de los mismos propietarios que se asociaron con esa nueva empresa Red Line en el 2011, entonces asumí también la dirección, ellos me propusieron y asumí también la dirección de esa compañía durante el último año, hasta el 2012...”, que estuvo hasta “...muy cercano al 15 de diciembre de 2012...”, y después de esa fecha no tuvo relación alguna como la accionada “...no señora, de ahí ya para allá ya me retiré...”; precisó que al demandante lo conoció “...por mediación de los propietarios de Trans Andino, el señor Armando y Néstor González, alguna vez me invitaron a una empresa que él tenía, el señor Gómez tenía de transporte de Hidrocarburos y ahí fue donde yo lo conocí, ellos eran conocidos o amigos ya, tenían intenciones comerciales de comprar parte de esa empresa que tenía el señor Gómez....”.

Expuso, que fue el encargado de contratar al demandante “...para que ejerciera como gerente de operaciones ya que él era ampliamente conocido en el tema de transportes de hidrocarburos, fue en ese mismo diciembre que hicieron las negociaciones los señores González de esa nueva empresa Red Line Cargo SAS...”; que celebraron un contrato “...Si señora, no solo el de don Indalecio sino el de la plantilla de conductores de unos equipos nuevos y además Red Line para poder certificar capacidad e idoneidad de transporte de hidrocarburos, tuvimos que realizar una situación que llama la certificación que se obtiene a través de auditorías de entidades especializadas, donde califican todo el tema de contratos de seguridad de operatividad y de todos esos temas que son las ISOS 9000 la 12000 y la 14000, para cumplir con esos estándares de certificación, pues hay que pasar la prueba y cumplir todos esos requisitos doctora...”; que el contrato fue “...un contrato laboral a término indefinido....”; con un salario de “...\$.500.000, me acuerdo de dicha suma porque fue lo acordado...”; que no recuerda si le pagaron al actor cesantías, que las primas “...las semestrales las de mitad de año, se le pagaron a todo el personal...”.

Al proceso se allegaron entre otros documentos militantes en el expediente, los siguientes:

(i) CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO, entre la sociedad demandada y el actor, para desempeñar el cargo de *Gerente Operativo*, con fecha de iniciación de labores el “...01 DE FEBERO DE 2012...”, un salario de \$5.000.000, con periodos de pago quincenal, estableciéndose como funciones,

según la cláusula segunda las de *“...Realizar el control de los vehículos propios (programación de viajes, recibo de cumplidos y cuentas de cada viaje). Liquidar las comisiones de los viajes realizados por los conductos de vehículos propios, cruzando anticipos, gastos de viaje y comisiones mensuales. Realizar la trazabilidad de los viajes, teniendo en cuenta el anticipo, el cargue, liquidación de fletes, bonos, stand by, pagos de los mismos y factura al cliente con su pago. Revisión de anticipos, liquidaciones y bonos que realizan el área comercial y el Coordinador de logística y operaciones. Conocer sus labores y realizarlas teniendo el mayor cuidado para que sus operaciones no se traduzcan en actos inseguros para el mismo o para sus compañeros. Informar al Gerente de (sic) General en caso de accidente y/o incidente de trabajo. Colaborar y/o participar en las actividades programadas por la empresa. Mantener y dejar en orden el sitio de trabajo. Cumplir con las políticas, reglamentos y procedimientos de la empresa. Diligenciar los Formatos del Sistema que se apliquen a sus funciones. Conocer y cumplir las políticas de la empresa. Reportar actos y condiciones inseguras. Participar en la investigación de incidentes cuando se le solicite. Participar activamente en las capacitaciones establecidas en el Programa de Capacitaciones de la organización. Practicarse los exámenes médicos ocupacionales cuando sean necesarios...”* (fls. 6 a 8 PDF 05).

(ii) Comunicaciones de presentación de la sociedad a potenciales clientes –PAREX RESOURCES, MECANICOS Y ASOCIADOS, GLOBLA ENERGY- enviadas por el demandante, en su condición de Gerente Operaciones RED LINE CARGO S.A.S. (fls. 9 a 12, 15, 16 PDF 05).

(iii) Cotización u Oferta de servicios a PETROLEOS DEL NORTE, remitida por el accionante (fls. 13 y 14 PDF 05).

(iv) Carta de compromiso a ENERGIZAR, indicando que la empresa se hace responsable de la calidad del producto transportado por los vehículos asignado por la compañía para la operación, remitida por el actor (fls. 17 PDF 05).

(v) Correos electrónicos enviados al demandante o con copia a éste, remitidos por el Gerente, la Asistencia de Gerencia y otras dependencias de la pasiva, solicitándole información y/o remisión de documentos, y diferente correspondencia relacionada con la accionada, tales como estados financieros, programación de vehículos que se encuentran a la espera de cargue en la ciudad de Barranquilla, estado del vehículo TEK549; solicitud para el uso obligatorio por parte de conductores de los elementos de protección personal, listado de

vehículos flota propia, tabla de actualización de fletes, confirmación asistencia a reunión, citación audiencia del accidente del SZY885, etc. (fls. 18 a 32 PDF 05).

(vi) Extractos de la cuenta de Ahorros No. 670-145558-35 a nombre de Diana Cuervo, Bancolombia, de: 2013/10/15 a 2013/12/31, en el que aparece en DETALLE “PAGO DE PROVEDOR RED LINE C., el 20/12, por valor de \$2.150.000 (fls. 33 a 109 PDF 05).

(vii) Formato único de Noticia Criminal – Denuncia, Fiscalía General de la Nación, por el punible de HURTO MAYOR CUANTÍA AGRAVADO POR LA CONFIANZA, instaurada por la Representante Legal de la sociedad demandada, contra el accionante, el 19 de junio de 2014 (fls. 110 a 113 PDF 05)

(viii) Carné de ARP SURA a nombre del demandante, de la empresa RED LINES (sic) CARGO SAS (fl. 114 PDF 05)

(ix) Comunicación de fecha 6 de febrero de 2017, mediante la cual el accionante eleva ante la demandada, “...*Reclamación de carácter laboral...*”, en la que señala “...*presento ante ud. reclamación para que se ordene el reconocimiento y pago de todos los créditos de carácter laboral y las prestaciones sociales que se me adeudan de acuerdo con los siguientes hechos y razones de derecho...*”, peticionando “...*se me reconozca los valores resultantes de las liquidaciones que mediante una operación aritmética resultaren conforme a la Ley, que incluya el valor de la indemnización por despido injusto e ilegal y el valor de los incrementos o ajustes que sobre la suma anterior tenga establecida la ley y la jurisprudencia desde la fecha en que se debió pagar la indemnización hasta la fecha efectiva del pago...*”, misiva que fue enviada por correo certificado (fls. 115 a 117 PDF 05).

(x) Consecutivo de comprobantes de egreso –consolidado– correspondiente a los pagos efectuados por la demandada al accionante en los años 2012 a 2014 (fls. 29 a 35 PDF 16); así como el correspondiente a Diana Ivonne Cuervo López, quien se indica es la esposa del accionante, advirtiéndose varias operaciones por valor unas de \$5.000.000 y otras de \$2.500.000 por concepto de “SERVICIO DE HONORARIOS J” entre los años 2012, 2013 y 2014 (fls. 1 a 27 PDF 16).

(xi) Contrato de prestación de servicios, celebrado por “...HUMBERTO CORDOBA RAMIREZ ...actuando en nombre y representación de la compañía RED LINE CARGO SAS, ... quien en adelante se denominará EL CONTRATANTE y INDALECIO GOMEZ OTAVO ...quien para efectos del presente documento se denominará EL CONTRATISTA , acuerdan celebrar el presente CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: **PRIMERA.- OBJETO:** EL CONTRATISTA en su calidad de trabajador independiente, se obliga para con EL CONTRATANTE a ejecutar los trabajos y demás actividades propias del servicio contratado, como Gerente de Operaciones ... **SEGUNDA.- DURACIÓN O PLAZO:** El plazo para la ejecución del presente contrato será de dos (2) años , contados a partir del 13 de Febrero de 2012 y podrá prorrogarse por acuerdo entre las partes ... **TERCERA.- PRECIO:** El valor del contrato será por la suma de \$5.000.000 M/C CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE. **CUARTA.- FORMA DE PAGO:** El valor del contrato serán cancelados mensualmente...”, documento firmado por “...NESTOR EDUARDO ESCOBAR GONZÁLEZ ...Representante legal de: RED LINE CARGO SAS ...CONTRATANTE...”; en el que aparece la siguiente constancia: “...EL SUSCRITO JUEZ TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D. C. HACE CONSTAR, QUE SOBRE EL PRESENTE DOCUMENTO SE TRAMITÓ INCIDENTE DE TACHA DE FALSEDAD Y ACORDE CON EL DICTAMEN GRAFOLOGICO DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL, DECLARO LA FALSEDAD TANTO EN SU CONTENIDO COMO EN LA FIRMA DE NESTOR ESCOBAR GONZALEZ, MEDIANTE PROVIDENCIA DEL 18 DE JULIO DEL 2019.- WILLIAM HERNÁNDEZ PÉREZ.- Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C...” (fls. 37 a 39 PDF 16).

De los medios de prueba referenciados, analizados uno a uno y en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS); se tiene por demostrada la existencia del contrato de trabajo entre las partes; téngase en cuenta que se allegó el documento contentivo del mismo, y aunque la parte demandada negó que éste existiera, como lo señaló la representante legal en el interrogatorio de parte, a pregunta formulada por el gestor judicial del accionante y ponerle de presente el mismo, contestando “...no señor, en los archivos de la empresa nunca constó, nunca se vio copia, ni original ni ningún documento adicional que sustentara que existía este contrato...”, dicho contrato se aportó con la demanda, sin que hubiera sido objetado, desconocido o tachado en los términos de los artículos 269 y 272 del CGP; llamando la atención el silencio guardado por la pasiva frente al documento, tal como lo refirió el juez de conocimiento y por eso cuestionó a la representante sobre el particular, al preguntarle “...uds. desconocieron el documento cuando conocieron de la demanda y la contestaron, porque si eso era así no se propuso alguna manifestación en ese sentido en el momento que era?...” quien contestó “...Pues doctor,

*realmente nos concentramos en el hecho del contrato que fue presentado que hacía parte de la carpeta del señor y de la relación comercial que tenían, teniendo en cuenta que él ejercía su función como accionista y su señora esposa era la sub gerente de la empresa...”; no obstante, el documento presentado por la parte accionada y en el que basó su defensa para negar el vínculo de carácter laboral alegando la existencia de un contrato de prestación de servicios, fue objeto de tacha de falsedad, la que salió avante, al declararse conforme al dictamen grafológico del Instituto de Medicina Legal, la falsedad tanto en su contenido como en la firma de *Nestor Escobar González*, como se indicó en providencia del 18 de julio del 2019.*

Por consiguiente, el CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO, celebrado entre la sociedad demandada y el actor, para desempeñar el cargo de *Gerente Operativo*, con fecha de iniciación de labores el “...01 DE FEBERO DE 2012...”, y un salario de \$5.000.000, con periodos de pago quincenal (fls. 6 a 8 PDF 05); tiene pleno valor probatorio y acredita, se reitera, la existencia de un vínculo laboral entre las partes; nexos que igualmente se corrobora con los testimonios de Ramiro Rincón Tique y Néstor Eduardo Escobar González, quienes dan cuenta de la celebración del contrato de trabajo y de la prestación personal del servicio del demandante a favor de la sociedad accionada, como quedó registrado en líneas anteriores.

En efecto, recordemos que Escobar González, fungió como representante legal de la sociedad demandada, según nombramiento efectuado por la Junta de Socios de *Red Line Cargo SAS*, en reunión extraordinaria llevada a cabo el 11 de noviembre de 2011, conforme acta correspondiente allegada por la demandada (fl. 71 a 74 PDF 16), y es quien aparece celebrando el contrato de trabajo del actor en representación de ésta, y en su versión sostuvo que efectivamente el demandante fue contratado por él, que el vínculo fue a término indefinido, como gerente de operaciones, asignándosele un salario de \$5.000.000; mientras Rincón Tique relató que ingresó a la demandada el mismo día que el accionante -1° de febrero de 2012-, refirió las funciones que cumplía éste en su cargo de *Gerente Operativo*, que tenían horario asignado por la compañía que cumplían todos los trabajadores incluido el demandante, y era de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y

de 2:00 a 5:30 p.m. de lunes a viernes y de 8:00 a.m. a mediodía los sábados, que las órdenes se las impartía el Gerente General de manera verbal o a través del correo electrónico, también dijo que a él –el deponente- no le hicieron pruebas para su ingreso por la premura y necesidad de sus servicios, y no sabe si al actor si se las hicieron, y que él –el testigo- abrió cuenta de nómina en Bancolombia; que le consta que el contrato del demandante era de trabajo a término indefinido porque a él se le encargó de la elaboración de los borradores de los contratos para todo el personal.

Además, la actividad personal del demandante, cuya acreditación activa la presunción del artículo 24 de la norma sustantiva laboral, para tener por demostrada la existencia del contrato de trabajo; fue aceptada por la actual liquidadora de la pasiva en su condición de representante legal de *Red Line Cargo SAS*, al absolver interrogatorio de parte, y admitir que la sociedad le suministró al actor equipo de cómputo para realizar su actividad, le asignó un correo electrónico corporativo gerenciaoperaciones@redlinecargo.com, le entregó tarjetas de presentación con el logo de la sociedad, el nombre de éste y el cargo para que se presentara como *Gerente Operativo* ante los clientes de la misma, que a través del aludido correo remitía comunicaciones a nombre de la empresa, tales como cotizaciones, ofertas de servicios a los potenciales clientes, cartas de compromiso, etc., que fue lo acreditado; y a la terminación del vínculo del accionante, la sociedad informó a aquellos -los clientes- que éste ya no continuaba con la sociedad.

En ese orden, se tiene que la pasiva no cumplió con la carga probatoria que le competía –arts. 167 del CGP y 1757 del CC., de acreditar que el vínculo entre las partes no fue de naturaleza laboral como lo alegaba, téngase en cuenta que la prueba con la que contaba para tal efecto –el contrato de prestación de servicios- se declaró la falsedad del mismo (fls. 37 a 39 PDF 16); sin que hubiere aportado otro medio de convicción que llevara al convencimiento sobre su posición y demostrara que el nexo entre las partes no era el de un contrato de trabajo como lo había sostenido; pues si bien alegó que el demandante fungía como accionista de la

sociedad, con los documentos aportados por ella misma -la pasiva-, se advierte que éste enajenó el 50% a la señora Diana Ivonne Cuervo López, quien conforme lo señalado por el convocante a juicio en su interrogatorio de parte es su esposa (fl. 63 a 70 PDF 16); y el otro 50% lo cedió a título oneroso a *Nestor Alfonso González y Cía. S.C.A.*, e *Inversiones Nesgon S.A.*, en un 25% a cada una de dichas personas jurídicas, como da cuenta el acta de reunión extraordinaria de Junta de Socios, llevada a cabo el 11 de noviembre de 2011 (fls. 71 a 74 ídem); coligiéndose que a partir de esa data ya no ostentaba dicha calidad.

Ahora, en gracia de discusión de admitir que el actor era socio de la empresa, lo cual como se señaló no es lo acreditado; se debe precisar que tal condición no desvirtúa por sí misma el contrato de trabajo que se probó; pues como lo refirió la juzgadora de primer grado y lo tiene adoctrinado la jurisprudencia legal, en cabeza de una persona natural pueden recaer a la vez tales condiciones –socio y trabajador- sin que las mismas se excluyan entre sí. Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL845-2021, radicación 83444 de 17 de febrero de 2021, sostuvo lo siguiente:

“(...) Al respecto, conviene recordar que a la luz de lo estatuido en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, es viable que el contrato de trabajo concorra con otros de diferente naturaleza, sin que ello implique la pérdida de tal connotación ni de las prerrogativas que le son consustanciales (CSJ SL10126-2017). Por ello, es válido que una persona en relación con una misma empresa tenga una doble calidad: de trabajadora subordinada, sometida a la legislación laboral, y de socio o accionista cuyo status es regulado por el derecho societario. En un caso, el vínculo se formaliza a través de un contrato de trabajo y, en el otro, mediante la suscripción o adscripción a un contrato de sociedad o de colaboración.

Así, pueden concurrir válidamente las calidades de socio y de trabajador, tal como ocurrió con Luis Alfonso Ibarra Trujillo. Y, al margen de la simultaneidad, cada relación es autónoma, independiente, sus regímenes jurídicos disímiles, y la ejecución de la una en principio no incide en la de la otra...”

Bajo ese contexto, al no haber logrado la parte pasiva, acreditar sus dichos, probando la existencia de un actuar independiente y autónomo del demandante; no puede considerarse que se desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST, y por tanto no existió contrato de trabajo, como quiera que no es lo advertido en el presente asunto; debiendo por tanto avalarse la decisión de instancia en cuanto

consideró acreditado el vínculo de carácter laboral entre el actor y la sociedad demandada, en los términos allí indicados; por lo que la misma se confirmará.

Bajo ese contexto, al haber quedado probado que el vínculo entre el demandante y la accionada *Red Line Cargo SAS*, es de carácter laboral; éste tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias derivadas del mismo, tales como prestaciones sociales y vacaciones y por las que se elevó condena en primera instancia, dado que se constituyen en el mínimo de garantías consagradas en favor de los trabajadores y se tornan en derechos irrenunciables a voces de lo sostenido en los artículos 13 y 14 del CST.

Ahora, repara la apoderada apelante de la accionada, que se tengan en cuentas los medios exceptivos formulados, y “...en especial el tema de la **prescripción**...”. Sobre dicha figura jurídica, se debe precisar, que al declararse que el contrato de trabajo terminó el 7 de abril de 2014, es a partir de esta fecha que se contabiliza el término prescriptivo, teniendo en cuenta que la génesis de las pretensiones reclamadas es la terminación del vínculo laboral; por lo que el accionante contaba con un término de tres años a partir de la misma para hacer su reclamación e incoar la acción, conforme lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS; el cual iba hasta el mismo día y mes del año 2017 -7 de abril-; pudiendo interrumpirse dicho lapso por una sola vez, con el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador acerca de un derecho debidamente determinado; contándose de nuevo dicho lapso a partir de reclamo y por un período igual al señalado inicialmente, según lo establecido en los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS.

Es decir, que la interrupción de la prescripción, ocurre de dos formas: (i) extraprocesalmente mediante la presentación por una sola vez de reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados y (ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 94 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS.

En el presente caso, se allegó comunicación de 6 de febrero de 2017, mediante la cual el accionante eleva ante la demandada, “...*Reclamación de carácter laboral...*”; en la que señala “...*presento ante ud. reclamación para que se ordene el reconocimiento y pago de todos los créditos de carácter laboral y las prestaciones sociales que se me adeudan de acuerdo con los siguientes hechos y razones de derecho...*” (fls. 116 y 117 PDF 05), misiva que fue enviada mediante correo electrónico, como da cuenta la guía No. 952430167 de la empresa Servientrega, y recibida por la demandada el 9 de febrero de 2017 (fls. 115 ídem); por lo que se puede concluir que la aludida reclamación tuvo la virtualidad de interrumpir el lapso de prescripción, en los términos aludidos en las normas citadas y señalados por la juez, al dar por prescritos aquellos derechos causados con anterioridad al 9 de febrero de 2014, vale decir tres años atrás de la reclamación, atendiendo igualmente que la demanda se presentó el 7 de abril de 2017 (PDF 06), esto es, dentro de los tres años siguientes a la reclamación, al haberse habilitado por un periodo igual el lapso de prescripción.

Entonces, no se encuentra objeción alguna a lo decidido respecto de la prescripción, pues la juez declaró probado dicho fenómeno de manera parcial desde la fecha señalada -9 de febrero de 2014 hacia atrás-, exceptuando las cesantías cuya prescripción se contabiliza a partir de la fecha de terminación del nexo, como igualmente lo tuvo en cuenta la operadora judicial al elevar condena por los derechos causados en el lapso no prescrito, como cesantías, intereses y primas; en virtud de lo cual se confirmará la decisión respecto a dicha figura y de contera, sobre las condenas impartidas por las aludidas acreencias, ya que las mismas se encuentran ajustada a la ley.

Sin embargo, se observa que, respecto de la compensación de vacaciones, no se aplicó dicho fenómeno prescriptivo al elevarse condena por todo el tiempo servido, como se deduce de las operaciones efectuadas (787 días de trabajo x \$5.000.000 ./ 720 = \$5.465.277.77); cuando como bien lo explicó la juzgadora, el periodo de prescripción de las vacaciones se contabiliza una vez vencido el año que tiene el empleador para concederlas, luego de causadas las mismas (Art. 187 CST); por tanto, se encuentran prescritas aquellas habidas del 9 de febrero de

2013 hacía atrás; ascendiendo dicho acreencia del lapso no prescrito, a \$2.902.777.77, valor por el que se elevará condena, debiéndose modificar el monto de la impuesta en primera instancia por la compensación de ese descanso remunerado.

De otra parte, se advierte que la apelante también cuestiona la condena por **sanción moratoria**, dado que luego de insistirle la juzgadora de primer grado, que debía presentar en esa oportunidad todos los reparos contra la decisión de primer grado so pena de considerarse por el Superior que no se había interpuesto recurso sobre algún tema específico, aquella refirió “...*el tema de la moratoria, considero que no hubo mala fe por parte de nosotros, hubo siempre buena fe, siempre todo en el marco de un contrato comercial y una relación con un socio. esos serían los argumentos doctora...*”

Sobre dicha acreencia, la indemnización moratoria que se encuentra contemplada tanto en el artículo 65 del CST como en el 99 de la Ley 50 de 1990, respecto de las que se elevó condena en primera instancia; la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que las mismas no son de naturaleza sancionatoria, al punto que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador moroso, con el fin de establecer si su actuar se encuentra revestido o no, de buena fe, en razón a que la sola deuda objetiva de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo a su terminación o la no consignación de las cesantías en un fondo, no les da prosperidad.

En otras palabras, si de las circunstancias fácticas se establece que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello a los derechos laborales de quien reclama, la conclusión es que debe ser absuelto por estos conceptos, toda vez que la existencia de una verdadera relación laboral no trae como consecuencia fatal la imposición de estas sanciones, si no se analiza primero el elemento subjetivo de la conducta omisiva del deudor, con miras a determinar si las razones que expone son atendibles o justificativas para obrar como lo hizo, sin importar si estas puedan ser consideradas o no, como correctas.

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles de tal manera que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel “...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”, sin que, por alguna razón, la mala fe pueda presumirse en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, SL 16967-2017, SL194-2019, SL539-2020 y SL3288 de 2021 entre otras).

En el presente asunto, aunque no quedó acreditada la tesis de la parte accionada en cuanto a la *existencia del contrato de prestación de servicios* en que argumentó en su defensa y por ello se impuso condena, entre otras acreencias, por prestaciones sociales, tal situación no lleva por si sola a tener por demostrado un actuar alejado del ámbito de la buena fe; ya que lo advertido en el presente asunto es que ante las circunstancias particulares que se dieron previo y durante el tiempo en que se declaró que el vínculo fue carácter subordinado, la accionada podía tener la convicción que no estaba atada a un contrato de trabajo.

En efecto, téngase en cuenta en primer lugar que se aduce que el accionante fungía como accionista de la empresa, y aunque tal condición no la ostentó durante la vigencia del nexo laboral, si venía de tenerla, pues era el único accionista de Red Line Cargo, conforme CONTRATO DE PROMESA DE COMPRA VENTA DE ACCIONES de fecha 5 de octubre de 2011 (fls. 52 a 57 PDF 16), mediante el cual adquirió el 100% de las acciones de la hoy demandada; operación comercial que se ratificó en la reunión extraordinaria de junta de socios de la compañía llevada a cabo el 13 de octubre de 2011, constituyéndose en el representante legal de la misma, tal como allí se indica (fls. 60 a 62 ídem); que el 26 de octubre siguiente –del año 2011–, transfirió el 50% del capital social mediante contrato de compra venta de acciones, a Diana Ivonne Cuervo López –su esposa– (fls. 63 a 70 ídem); y en reunión extraordinaria de junta de socios adelantada el 11 de noviembre de 2011, se aprobó la cesión de cuotas de interés social a favor de: “...NÉSTOR ALFONSO GONZÁLEZ Y CIA. S.C.A. ... en un porcentaje equivalente al 25% de las

cuotas sociales, a INVERSIONES NESGON S.A., ... un porcentaje equivalente al 25% de las cuotas sociales, y a la señora **DIANA IVONE CUERVO LOPEZ**, en un porcentaje equivalente al 50% de las cuotas sociales...”; y se designó y nombró como presidente y representante legal a *Néstor Eduardo Escobar González* —quien en esa misma reunión había presentado renuncia al cargo de suplente del representante legal-, y a *Diana Ivonne Cuervo López* - como se dijo, esposa del accionante- como suplente de dicho representante legal (fls. 71 a 74 ídem); por tanto, no resulta alejado de un sano entendimiento, que en colaboración a su esposa se viera al demandante como accionista y no como trabajador.

Y es que obsérvese, en segundo lugar, que una vez ingresó como subordinado, esto es al suscribir el contrato de trabajo, no se dieron las actuaciones propias de tal calidad, como quiera que no abrió cuenta de nómina como si lo hicieron los demás trabajadores, tal como da cuenta el testigo Rincón Tique; sino que se le consignaba su asignación salarial a la cuenta de su esposa, esto es de la subgerente de la empresa, situación poco corriente en desarrollo de un vínculo laboral, pues aunque se argumentó que se llegó a un acuerdo al respecto para evitar el embargo de su remuneración ante las diferentes acciones ejecutivas y embargos que recaían contra el demandante, se reitera, no deja de ser inusual, situación que también permitiría a la parte demandada considerar, como en efecto lo hizo, la inexistencia del contrato de trabajo.

En tercer lugar, también se advierte que, tal como lo refirió el actor en el interrogatorio de parte, no solo se le consignaba lo correspondiente a su salario, sino para que hiciera pagos a terceros, pues al respecto refirió, me consignaban “...era para que yo hiciera, digamos retirara para de pronto ir a viajar por un accidente, tuviera efectivo para pagarle a las personas que se dedicaban a hacer la recolección o de pronto un anticipo para los predios afectados, los dueños de los predios afectados, como por ejemplo pasó en Gigante Huila que me tocó llevarme \$40 millones en efectivo...”, “...habían pagos pero pagos por ejemplo las comisiones que se le pagaban a los ingenieros que conseguían los contratos, también me las consignaban ahí para también yo entregárselas a ellos...”, situación que se corrobora con EL CONSECUTIVO DE COMPROBANTES DE EGRESO a nombre de éste, donde se registran transferencias por montos superiores a su salario, a manera de ejemplo sumas por \$12.375.796,

\$43.613.883, \$18,000.000, etc. (fls.28 a 35 PDF 16), aspecto que permite entrever que como se ha sostenido, aquel no era considerado como un trabajador dependiente dentro de la compañía; nótese como también se le hacían préstamos en cuantías considerables (\$137.700.000, fl.41 a 43 PDF 16), infiriéndose conforme las reglas de la experiencia que, con el salario percibido, eventualmente no le era factible respaldar esa deuda, permitiendo considerar, que dicha operación no se hizo por ser trabajador de la sociedad.

Por último, de lo referido, se observa cierta independencia en las actuaciones del actor que permitían llevar al convencimiento a la demandada que no estaba frente a un contrato laboral, nótese que era quien establecía los contactos para la celebración de los convenios que realizaba la sociedad y en ocasiones representaba a la misma, ya que en el interrogatorio expuso al cuestionarlo el a quo, sobre los motivos para celebrar el contrato de trabajo *“...porque ellos vieron en mí que si tenía las capacidades y yo les dije comercialmente también tengo experiencia, podemos abrir este frente, este frente, este frente si uds. están de acuerdo, ahí fue donde ya se llegó a la vinculación...”*; *“...yo asistía cuando había un evento de accidente yo era que iba a la zona en representación de Red Line... yo iba a presentarme ante las petroleras cuando empezábamos a hacer una nueva operación, me presentaba, miraba como era la logística de ahí, la traía a la empresa, la explicaba a los subordinados y al representante legal y de ahí se empezaba a hacer un esquema de trabajo; en la parte operacional todo lo que es ese tema...”*, por lo que si bien dichas acciones se daban real y legalmente dentro del marco del contrato de trabajo, en las condiciones en que se ejecutaron y atendiendo los antecedentes referenciados, se reitera, permitirían un convencimiento, aunque errado, que lo existente entre las partes, no era un nexo de carácter laboral.

Por consiguiente, tales situaciones, permiten inferir como se indicó, en los términos en los que se presentó y desarrolló la prestación del servicio del demandante, una actitud alejada de toda intención de perjuicio hacia éste por parte del extremo pasivo; por lo que en este caso específico, el convencimiento de la pasiva que la ataba al actor una relación diferente a la laboral, es una justificación razonada y atendible para liberarla de las sanciones aquí analizadas, lo que conlleva que se revocará la condena impartida al respecto de las mismas –

indemnizaciones moratorias artículos 65 CST y 99 Ley 50 de 1990-, como se indicará.

Como quiera que no hubo condena por sanción moratoria, y ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, atendiendo recientes directrices jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la CSJ (Sent. SL359 y SL859 de 2021), se condenará a la demandada a reconocer las sumas objeto de condena debidamente indexadas, con base en los IPC certificados por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha en que terminó el contrato y como final el de la fecha en que efectivamente se haga el pago; quedando de esta manera resuelto el recurso de apelación de la pasiva.

En lo que atañe a la inconformidad del demandante, se observa que éste repara la absolución impartida frente a la **indemnización por despido sin justa causa**, alegando que *“...el despacho considera que no hay prueba de tal despido, sin embargo, ... el acervo probatorio digamos si da cuenta de él, en efecto el interrogatorio de parte al minuto 39:18 la representante legal confeso que el señor Indalecio dejó de ejercer sus actividades por decisión de la empresa, que el 7 de abril de 2014, y efectivamente la documental que remitió después a los proveedores también da cuenta de que les notificó que por decisión de la empresa ya no hacía parte de la compañía el señor Indalecio y que ya no los representaba ni como funcionarios ni tenía facultades de ningún tipo; hechos que en concordancia con la unidad de la prueba, la denuncia de la fiscalía que presentó la misma parte demandada y cuyo texto se trajo acá, pues dan cuenta que si fue producto de la decisión unilateral de la empresa y no de mi representado...”*,

La representante legal de la sociedad demanda, al primer cuestionamiento formulado por el apoderado del actor que inicialmente fue calificado por el juez considerando que el mismo contenía muchos hechos, por lo que reformuló el siguiente interrogante *“...si al final de la relación laboral mandaron una carta a los proveedores?...”,* señaló *“...en el momento en que empecé a ejercer las funciones de Gerente y representante legal de la empresa Red Line en Cargo, obviamente que teníamos negociaciones comerciales con algunos clientes y preguntaban por el señor Indalecio y obviamente nosotros contestábamos que él ya no tenía vínculo ya con la empresa porque él no se volvió a presentar a la empresa...”*; precisando que las cartas fueron enviadas por quien en su momento fungía como representante legal de la sociedad; que aquellas *“...se enviaron a los aliados comerciales diciendo que él no tenía por decirlo de alguna manera poder de negociación por*

no tener vínculo con la empresa...”, es decir que se les informó que el demandante ya no tenía vínculo comercial con la empresa, como la cuestionó el director del proceso; también dicha representante legal admitió que después del 7 de abril de 2014 el actor dejó de realizar actividades para la sociedad, como envió de cotizaciones y ofertas a clientes, sin indicar la razón de ello, ya que cuando el vocero judicial de la parte activa la cuestionó sobre las razones por las que el demandante había dejado de hacer esas labores, expuso “...desconozco las razones teniendo en cuenta que el día que yo asistí por primera vez a Red Line en compañía del señor Néstor González estaba el señor Indalecio y él simplemente salió de la oficina y no volvió, ese 7 de abril de 2014...”.

Ninguno de los testigos dio cuenta de los motivos por los cuales dejó de laborar el accionante para la sociedad demandada el 7 de abril de 2014, recordemos que aquellos terminaron sus vinculaciones con la pasiva mucho antes que finalizara el nexo de éste; así Néstor Eduardo Escobar González el 15 de noviembre de 2012 y Ramiro Rincón Tique el 30 de noviembre de 2012; por lo que no les consta tal situación.

El demandante adujo en el interrogatorio de parte que dejó de laborar para la sociedad accionada *“...porque en su debido momento el señor Néstor González, me llamó y me dijo que hacían falta dineros en la cuenta de la empresa, en el cual yo le aduje que no tenía conocimiento porque primero no manejaba la cuenta de la empresa, no tenía firma autorizada, no tenía un toquen, no sabía el número de la cuenta, antes de eso nos salió con el cuento que el banco les había dicho a ellos, como en un solo banco tienen varias cuentas de las varias empresas, entonces nos salió diciendo que las cuentas estaban, que la seguridad del banco había dicho que iban a hacer un desfalco en las cuentas, entonces que esas cuentas tenían que dejarlas así quietas, a los 8 días paso que cobraron un cheque en Cartagena por \$70 millones, un cheque de gerencia, y Ud. tiene que ir al polígrafo...”; que él no tenía registrada su firma “...no señor, nada, absolutamente nada, es más al inició los pagos las transferencias se hacían desde la oficina principal de ellos, donde manejaban las demás empresas, y yo accedí a ir al polígrafo, como cualquiera de los otros empleados que estábamos, como 5 o 6 que fuimos al polígrafo...”, que “...no nos dieron resultado, a nosotros no nos dieron resultado de polígrafo, pero prácticamente me estaba diciendo que yo era el que, y que por eso no tenía que trabajar más en la empresa, él me dijo personalmente...”; que eso se lo dijo “...el señor Néstor González, Néstor Alfonso González, él era el accionista mayoritario de las empresas que él tenía, era miembro de la junta directiva...”.*

Respecto de la carga de la prueba del despido, de tiempo atrás la jurisprudencia ha advertido que le corresponde al trabajador demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar, la justificación del hecho o hechos que lo originaron; no obstante, dicha carga probatoria no fue cumplida por el accionante, toda vez que no es posible determinar tal aspecto con la simple manifestación que éste hizo al respecto, pues para ello se requería que mediante los medios de prueba acreditara que la decisión de terminar el contrato de trabajo provino de la sociedad demandada, pero que no cumplió contrario a lo sostenido por su gestor judicial.

En efecto, téngase en cuenta que no se advierte de los medios de prueba establecidos en el proceso, que hubiere sido la demandada quien tomó unilateralmente la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, ya que no se cuenta con confesión de ésta al respecto, pues lo que deduce del interrogatorio y fue aceptado por la representante legal es que la empresa informó a sus clientes y aliados comerciales que el demandante *“...ya no tenía vínculo con la empresa...”*; más no que aquel *“...dejo de ejercer sus actividades por decisión de la empresa...”* como erradamente lo afirma el apelante; pues tal manifestación se encuentra alejada de la realidad probatoria acreditada; por lo que la tesis del actor, como se dijo, no fue respaldada por ningún otro medio de convicción.

Tampoco la prueba testimonial da cuenta de tal situación, ya que, como se indicó, los testigos manifestaron no saber los motivos por los cuales dejó de laboral el accionante, ni en qué fecha se terminó su contrato.

Ahora, en el texto de la denuncia que presentó la demandada en contra del aquí accionante ante la Fiscalía General de la Nación (fls. 110 a 113 PDF 05), no se observa que se haga alusión a la terminación del contrato del actor y menos aún que la misma fue por decisión unilateral de la empresa; para colegir como equivocadamente lo hace el gestor judicial apelante que dicho instrumento *“...pues da cuenta que, si fue producto de la decisión unilateral de la empresa y no de mi representado...”*; dado que no es factible inferir dicha situación de la mencionada denuncia.

Entonces, al no haber quedado acreditado el hecho del despido, no es factible edificar condena alguna por la indemnización deprecada, por tanto, se confirmará la absolución impartida al respecto.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, debiendo revocarse parcialmente la decisión que se revisa en los términos referidos en precedencia, esto es para modificar el quantum de la condena por descanso compensatorio y absolver a la demandada de las sanciones moratorias, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Sin condena en costas en esta instancia, dado que los recursos no salieron totalmente avantes, ya que el de la parte activa no prosperó y de la pasiva solamente prosperó un aspecto de los cuestionados por ésta y fracaso en los restantes.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 2° de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **INDALECIO GÓMEZ OTAVO** contra **RED LINE CARGO SAS** hoy el LIQUIDACION, en cuanto condenó a la demandada al pago de las sumas allí relacionadas, por concepto de las sanciones moratorias contempladas en los artículos 65 del CST y 99-3 de la Ley 100 de 1993, para en su lugar **ABSOLVER** a la parte pasiva de las mismas. Igualmente, señalar que la condena impuesta por compensación por vacaciones, asciende a la suma de \$2.902.777.77 y no el valor indicado en el mismo, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada pagar las condenas impuestas por prestaciones sociales y compensación de vacaciones, debidamente indexadas, en los términos señalados en los considerandos de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

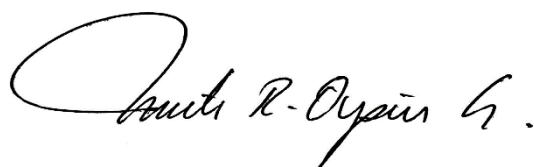
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO. DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el párrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-038-2020-00415-01**
Demandante: **CRISTIAN CAMILO GONZÁLEZ BELTRÁN**
Demandados: **APONTE Y MORENO LTDA. y AUTONIZA S.A.**

En Bogotá D.C. a los **30 DIAS DEL MES DE ENERO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en la Ley 2213 de 2022, erigido en legislación permanente el Decreto 806 de 2020, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por la demandante y la accionada Aponte y Moreno Ltda., contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

CRISTIAN CAMILO GONZÁLEZ BELTRÁN demandó a **APONTE Y MORENO LTDA y AUTO NIZA S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido con la primera de las sociedades mencionadas, entre el 1° de enero de 2005 y el 25 de abril de 2020, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, sustrayéndose al cumplimiento de las obligaciones; en

consecuencia, se condene de manera solidaria a las accionadas al pago de salarios causados entre el 1° de noviembre de 2019 a la fecha de terminación del contrato; y de toda la vigencia de la relación, los conceptos de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, devolución de descuentos efectuados ilegalmente por riesgos laborales –ARL- y, de las sumas pagadas por él por aportes a salud y pensión; indemnizaciones de los artículos 64, 65 del CST, 99 de la Ley 50 de 1990, aportes a pensión de los ciclos referidos y con base en el salario realmente devengado; subsidio familiar; indexación, ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el 1° de enero de 2005, pactó con su empleador contrato verbal de trabajo a término indefinido, que estuvo vigente en el período ya referido; en el cargo de *técnico pintor automotriz y alistador automotriz*, con un último salario de \$2.100.000, que le era pagado directamente en efectivo, previa firma de los recibos de pago; sostiene que a partir del mes de noviembre de 2020 (sic) el empleador empezó a incumplir con el pago de salarios y prestaciones sociales; y se sustrajo durante la vigencia de la relación de la obligación de afiliar y consignar las cesantías, así como al pago de los aportes a seguridad social integral, sin embargo realizaba los descuentos; para el ciclo 2016/04 hizo aportes bajo la razón social COLOMBIANA DE SERVICIOS SANDER SAS; para los períodos 2007/06 (sic) a 2016/04 lo obligó a afiliarse como trabajador independiente; que entre los lapsos 2016/05 a 2018/08 el empleador hizo aportes de manera intermitente y con base en un salario inferior al realmente devengado, y le descontaba lo correspondiente al sistema de seguridad social en Riesgos Laborales; y no le canceló las acreencias que reclama con esta acción ordinaria laboral.

Sostiene, que su ex empleador con la codemandada AUTONIZA S.A. suscribió contrato para la reparación y mantenimiento de vehículos, y entre el 1° de noviembre de 2019 y el 25 de abril de 2020 lo envió a laborar a dicha empresa, que ésta sociedad en abril de 2020 “...certificó a las autoridades civiles y de policía, par que permitiera el transito libre de los trabajadores de la empresa APONTE Y MORENO LTDA dentro de

los cuales se encontraba...”; que dicha empresa se benefició de los servicios laborales que él prestaba. Señala que, el 15 de septiembre de 2020 elevó derecho de petición a su ex empleador, solicitando se le certificara el tiempo de servicios, sin embargo, la sociedad se ha rehusado a ello; que en el mes de abril, de manera verbal se quejó ante su ex empleador por el no pago de salarios y prestaciones debidos, “...a través de audios remitidos al encargado de dirigir a los trabajadores, el representante legal, JULIO APONTE y su hijo, le informaron que mi representado no seguiría prestando sus servicios en atención a las reclamaciones efectuadas por el no pago de salarios y prestaciones...”, y a partir de ahí, el empleador decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa; el 18 de mayo de 2020 mediante correo electrónico dirigido a la gerencia de la sociedad accionada, solicitó el reintegro a su cargo, sin obtener respuesta; y el 24 de junio de 2020, presentó queja por acoso laboral ante el Ministerio del Trabajo, sin que a la fecha de presentación de la demanda se le hubiere notificado de alguna actuación (fls. 54 a 70 PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (PDF 04), autoridad que, con proveído de 2 de diciembre de 2020, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 05).

La accionada **AUTONIZA S.A.** dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, considerando que carecían de fundamento, sustento fáctico y legal, “...los supuestos de hecho que permitirían condenar por estos derechos de estirpe laboral no existieron, ni existen en la realidad de los hechos, ya que el demandante no fue trabajador de la entidad demandada y de los hechos y pruebas traídos al proceso no se desprende los supuestos de hecho que dan nacimiento a la responsabilidad solidaria pretendida...”: frente a mayoría de los hechos señaló que no le constaban, que se trataban de hechos de terceros que no le atañen a esa sociedad.

En el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA, adujo que el demandante está invocando la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 34 de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, como si

se tratara de una figura que no admite excepciones y que opera en todos los casos en los que exista un beneficiario de una obra y el incumplimiento por parte del empleador. Sin embargo, esta posición no puede tomarse como una verdad absoluta, por cuanto para Autoniza S.A. no puede asumir que el demandante fue trabajador de la otra encartada en este proceso bajo contrato realidad y/o relación de trabajo.

En su defensa, formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Inexistencia de responsabilidad solidaria entre el contratista y la sociedad contratante, “...niego el derecho que invoca el demandante porque no son ciertos los hechos en los cuales pretende fundamentarlo...”, buena fe (fls. 2 a 20, PDF 09).

La firma **APONTE Y MORENO LTDA.**, en la contestación de la demanda se apuso a las pretensiones, señaló que “...**APONTE Y MORENO LTDA.** no tuvo ningún vínculo laboral con el señor **CRISTIAN GONZÁLEZ BELTRÁN**...”; dijo que los hechos no eran ciertos, que el accionante nunca había desempeñado ningún cargo en la compañía, y ella tampoco le hizo pago alguno; reiteró que nunca existió contrato de trabajo con el demandante, por lo que la empresa no está en la obligación de cancelar liquidación laboral a una persona con la cual no ha tenido ningún tipo de vínculo laboral.

En su defensa, formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Inexistencia de una obligación, y cobro de lo no debido (fls. 2 a 6, PDF 10).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 25 de agosto de 2021, resolvió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante **CRISTIAN GONZALEZ BELTRAN** en condición de trabajador y la sociedad **APONTE Y MORENO LTDA.** en condición de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente al menos, entre el 31 de enero del 2005 y el 1º de abril del 2020, en el marco del cual percibo como remuneración mensual una suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para los años 2005 a 2013 y de \$1´600.000 para los

años 2014 a 2020, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad **APONTE Y MORENO LTDA.**, a pagarle al demandante **CRISTIAN GONZALEZ BELTRAN**, las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos: A) \$6'453.333 por salarios insolutos. B) \$14'879.028 por cesantías. C) \$1'785.483 por intereses de cesantías. D) \$141'299.667 por sanción por no consignación de las cesantías causadas entre el 2005 y el 2019 en un fondo. E) \$14'879.028 por primas de servicios. F) \$12'137.788 por compensación en dinero de vacaciones. G) \$362.000 por concepto de devolución de descuentos indebidos efectuados con destino ARL, salud y pensión. H) \$53.333 diarios, a partir del 2 de abril del año 2020 y hasta cuando la sociedad empleadora verifique el pago de las acreencias salariales y prestacionales que se han infligido, o hasta que se cumplan los primeros 24 meses, esto es hasta el 2 de abril del año 2022, lo primero que ocurra. Lo anterior a título de indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002.

Como quiera que se dispone a cargo de la demandada el reconocimiento al promotor de la acción de sumas por concepto de intereses de cesantías, sanción por no consignación de las cesantías en un fondo y compensación de vacaciones en dinero, los valores respectivos deberán ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula índice final sobre inicial por valor histórico que corresponde al valor de cada una de estas condenas, igual a valor indexado, debiéndose tomar como índice inicial el del mes de abril del año 2020 y como índice final, el de la fecha en que se verifique el pago por parte de esta accionada

TERCERO: CONDENAR a la demandada **APONTE Y MORENO LTDA.**, a pagar al demandante **CRISTIAN GONZALEZ BELTRAN**, los aportes al sistema general de pensiones, por los periodos en los que no se efectuaron cotizaciones en vigencia de la relación laboral comprendida entre el 31 de enero del 2005 y el 1º de abril de 2020, sobre un ingreso base de cotización equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para los años 2015 a 2013 y de \$1'600.000 para los años 2014 a 2020, valores que deberán ser cancelados a entera satisfacción de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.**, a la que se encuentra afiliado el accionante. Todo lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a **APONTE Y MORENO LTDA.**, de las demás pretensiones formuladas en la demanda, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia

QUINTO: ABSOLVER a **AUTONIZA S.A.**, de las pretensiones de la demanda que apuntaban a la declaratoria de responsabilidad solidaria frente a las obligaciones adquiridas por **APONTE Y MORENO LTDA.** con el demandante.

SEXTO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas y frente a las absoluciones producidas, se considera relevado del estudio de las planteadas.

SÉPTIMO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada **APONTE Y MORENO LTDA.** En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en Derecho, la suma de \$10'000.000 en favor del demandante...”

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) Siendo entonces la oportunidad procesal para presentar el recurso de apelación, me permito presentarlo y sustentarlo de forma parcial, en los siguientes términos: inicialmente disiento de la sentencia dictada por su despacho indicándole

al tribunal en primer lugar que se olvidó condenar a la demandada APONTE Y MORENO en cuanto al subsidio de alimentación (sic) aduciendo el despacho de primera instancia que no se logró demostrar una dependencia económica, recordándole entonces al tribunal que la dependencia económica se presume respecto de los hijos menores de edad tal y como lo establece el código civil colombiano.

En segundo lugar quisiera apelar parcialmente la sentencia en cuanto al despido injustificado, para el despacho de primera instancia se indica que no se logró demostrar que hubo un despido injustificado, sin embargo ha de tenerse en cuenta que mi mandante declaró ante el despacho que este tuvo una conversación con el señor Julio Aponte y con el hijo en donde por una discusión no lo dejaron ingresar más a la empresa, de igual forma dio cuenta el señor Orlando, el testigo a instancia de la parte demandada APONTE Y MORENO quien señaló que fue por qué él se puso bravo y esas razones llevaron a que el empleador lo despidiera a tal punto de que se le prohibió el ingreso, que no se le dio contestación a derecho de petición que elevó y todas estas circunstancias dan cuenta de un despido injustificado, además porque se estaba en ese momento en pandemia y estaban prohibidos los despidos.

En tercer lugar quisiera apelar la sentencia en cuando a la devolución de los aportes por concepto de seguridad social, para el a quo se señala que no existe prueba dentro del plenario que indique que se hayan, o los periodos en los cuales se hayan realizado los aportes, ni los valores; en ese sentido hay que decirle al tribunal que el juzgado no analizó la prueba contenida en el escrito genitor relacionado con la historia laboral que hace parte del dossier verdad, en donde se indica mes a mes los valores sobre los cuales se realizaron el aporte, es decir el ingreso base de cotización indicando incluso los extremos que allí se establecen.

Por otra parte en cuanto a la responsabilidad solidaria también apeló la sentencia dado que Autoniza es una empresa que se benefició de los servicios contratados, de los servicios que le prestó Aponte y Moreno aquí el representante legal confesó de manera espontánea que si existió un contrato entre Aponte y Moreno y Autoniza e incluso indicó unas fechas en que se llevó a cabo la ejecución de ese contrato, de igual forma señaló que existe una certificación en donde se indicó o se le comunicó a las autoridades civiles y de policía para que el señor Cristian pudiera trasladarse libremente por el distrito de Bogotá y pues considera este apoderado que el tribunal debe revocar la decisión de forma parcial y condenar solidariamente a la empresa Autoniza a que reconozca los valores que se causaron entre la suscripción del contrato que aportó la misma parte demandada Autoniza y que hace parte pues del proceso.

En este sentido considera entonces, este extremo de la litis que el tribunal superior en sede de instancia debe revocar la decisión de forma parcia. En ese sentido dejo sentado el recurso de apelación. Muchas Gracias señor Juez...”

De otro lado, el vocero judicial de la demandada Aponte y Moreno Ltda., también interpuso recurso de alzada, alegando lo siguiente:

“(…) Al Juez de segunda instancia sírvase manifestar que acá, que aquí hay un aprovechamiento de la buena fe del ya fallecido representante legal Víctor Julio, consecuencia de que el certificado expedido con fecha 17 de marzo de 2014 que hace constar que CRISTIAN Camilo González laboró con Aponte y Moreno, la firma no es del representante legal ya fallecido sino de otra persona; por consiguiente hay que tenerse presente que desde que inició el testimonio el señor Christian Camilo González manifestó que se presentó a la empresa fue por medio de que lo llevó el señor Johnson Alexis González que se pudo conocer por medio de los testigos de la defensa que era el padre, hay que tener también presente de que en este procedimiento de que el demandante si el padre en la actualidad tiene un contrato

de prestación de servicios con Aponte y Moreno, por qué no lo llamo como testigo, por consiguiente aquí el demandante se está aprovechando del actuar de buena fe que tuvo el señor Víctor julio Aponte, a consiguiente como se puede observar en el aporte que hace el demandante el mismo es el que cotiza como independiente de su seguridad social como lo manifestaron mis testigos por que el señor Johnson Alexis González con su cuadrilla tenía que demostrarle a Aponte y Moreno de que todos estaban pagando seguridad social; por consiguiente, lo manifestado por mis testigos el señor CRISTIAN Camilo nunca presentó una subordinación o un cumplimiento de horario directamente con la empresa Aponte y Moreno. Hay que tener presente que es un poco tedioso para la parte de la defensa, por el fallecimiento del señor Víctor Julio Aponte, que pues luego de que ya no se encuentra en la tierra es imposible que el pudiera desvirtuar lo manifestado por el señor CRISTIAN en esta demanda; por consiguiente solicitó al tribunal que le dé una revisión detallada y se enfoque de que ese certificado no es la firma del representante legal Víctor Julio, que se desconoce de quien pueda ser esa firma, por consiguiente también téngase presente los anteriores el señor CRISTIAN Camilo canceló de manera particular e independiente que los meses en los que cotizó la empresa Aponte y Moreno fue a consecuencia que para solicitar pagos a las entidades tenía que tener la cuadrilla del señor Johnson Alexis González, el pago respectivo de su seguridad social, de acuerdo a ese actuar por parte del señor Víctor Julio Aponte, el aquí el demandante se está aprovechando y sería una injusticia hacer cumplir el pago de lo ordenado en esta sentencia. Entonces solicitó nuevamente al tribunal, de nuevamente revisión a ese aspecto y con esto doy culminado mi recurso de apelación...”.

El Juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01 Cdo. 02 SegundaInstancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 03 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 14 de octubre del año en curso (PDF 04 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El término correspondiente para alegar en segunda instancia, transcurrió en absoluto silencio de las partes.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte

demandante y el vocero judicial de la accionada Aponte y Moreno Ltda., teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, de lo referido por los voceros judiciales en la sustentación de los recursos, se advierte que el debate en esta instancia se centra en determinar si: *(i)* existió el contrato de trabajo declarado por el juez a quo, o en su defecto, como lo alega el apoderado de la demandada apelante, el mismo no se dio; de ser afirmativo dicho cuestionamiento, *(ii)* si procede la condena por subsidio familiar; indemnización por despido, devolución de aportes en pensión y; *(iii)* hay lugar a declarar la responsabilidad solidaria con Autoniza S.A..

Sobre el primer cuestionamiento, esto es, la existencia del contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra los elementos esenciales del mismo, tales como son: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia, y el salario. Frente a la subordinación y dependencia, se debe advertir que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, estipula la presunción consistente en que: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Igualmente, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, consagrado en el art 53 de la CP, el juez debe darle primacía a los que se deduce de la realidad, de los hechos y no de las formas, es decir, documentos elaborados por las partes.

Respecto a los alcances del artículo 24 de la norma sustantiva del trabajo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia No, 30437 del 1° de julio de 2009, explicó lo siguiente:

“(...) el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de

trabajo” y no establece excepción respecto de ningún tipo de acto, de tal suerte que debe entenderse que, independientemente del contrato o negocio jurídico que de origen a la prestación del servicio, (que es en realidad a lo que se refiere la norma cuando alude a la relación de trabajo personal), la efectiva prueba de esa actividad laboral dará lugar a que surja la presunción legal.

Por esa razón, como con acierto lo argumenta el recurrente, en ningún caso quien presta un servicio está obligado a probar que lo hizo bajo continuada dependencia y subordinación para que la relación surgida pueda entenderse gobernada por un contrato de trabajo.”

“Así las cosas, forzoso resulta concluir que incurrió el Tribunal en el quebranto normativo que se le atribuye, porque, desde sus orígenes, ha explicado esta Sala de la Corte que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el citado artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una importante ventaja probatoria para quien alegue su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, desvirtuar dicha subordinación o dependencia.”

Es pertinente recordar que tales sub reglas o presupuestos jurisprudenciales han sido reiterados, entre otras, en las sentencias CSJ SL10546-2014, MP. Dr. Gustavo Hernando López Algarra; CSJ SL16528-2016, MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga; CSJ SL1378-2018, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buevas.

En ese orden, al trabajador demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, para con ello dar viabilidad a la presunción mencionada y tener por acreditado el contrato de trabajo; y en tal evento, le correspondería al demandado a quien se le atribuye la condición de empleador, desvirtuar dicha presunción (Art. 24 CST). Veamos si en el presente asunto, las partes cumplieron con la carga procesal que a cada una competía.

Se señala en los hechos de la demanda que el actor fue vinculado laboralmente por la sociedad Aponte y Moreno Ltda., mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de *técnico pintor automotriz y alistador automotriz*, entre el 1° de enero de 2005 y el 25 de abril de 2020, devengando como último salario la suma mensual de \$2.100.000; supuestos fácticos que no fueron admitidos por dicha accionada, ya que desde

la contestación al libelo incoatorio niega la existencia del vínculo laboral con el actor, y así lo reiteró la representante legal al absolver interrogatorio de parte, cuando señala que no conoce al demandante, no sabe si éste tuvo alguna relación con la empresa, tampoco las condiciones de tiempo, modo y lugar en que eventualmente se dio algún nexo, *“....desconozco completamente...”* registro alguno de la empresa donde haya antecedentes de relación con el accionante.

Además del interrogatorio mencionado, se practicaron las siguientes pruebas: Interrogatorio del representante legal de Autoniza S.A., y los testimonios Walter Manuel Contreras Martínez, Fabio Nelson Rojas Ruíz, Julio César Aponte Moreno y Jesús Orlando Castro Osuna, quienes, sobre la vinculación del accionante con Aponte y Moreno Ltda., refirieron:

El representante legal de Autoniza S.A. –Mauricio Ricardo García Royero-. aseveró que sostuvo con Aponte y Moreno Ltda. un contrato comercial para el suministro de servicios, cuyo objeto era prestar servicios de pintura y latonería a los clientes de Autoniza S.A.; que en la relación del personal que enviaba la sociedad contratista, se encontraba registrado el actor y que la prestación de los servicios en algunas ocasiones se daba en las instalaciones de Autoniza, *“...obvio que el señor por la forma como Autoniza presta su servicio en un concesionario, pues la prestación del servicio por parte de los contratistas, en algunas ocasiones, se presta en las instalaciones de la empresa, por comodidad, por practicidad y solo por eso...”*, que en dicha relación o registro figuraba el accionante como *“...contratista de Aponte y Moreno, no trabajador...”* y en las planillas de seguridad social que remitía Aponte y Moreno Ltda., a Autoniza figuraba aquel como trabajador independiente.

Por su parte el declarante Walter Manuel Contreras Martínez, refirió que trabajó para Aponte y Moreno Ltda. entre el 2005 y 2017, que era con el demandante compañero de patio, pintaba automotriz en cabina, el cargo era de alistador y pintor automotriz, que tiene entendido que la contratación de aquel fue verbal, igual que la del testigo; entraban a las 8:00 a.m., *“...teníamos hora de entrada pero no teníamos hora de salida ya que el volumen de trabajo era mucho...”*; que el salario

era de \$1500.000 básico, a \$1,600.000, y les pagaban en efectivo; pero no recibían primas, “...porqué como el sueldo era de 1’600.00 eso nos quitaba el beneficio de primas...”, como tampoco vacaciones ni intereses de cesantías, respecto al pago de cesantías dijo “...creo que teníamos algo con porvenir...”; ni estaba afiliado a seguridad social.

El testigo Fabio Nelson Rojas Ruíz, mencionó que conoce al demandante desde el año 2010 cuando el testigo ingresó a Aponte y Moreno Ltda., que en esa época aquel era “...alizador pero ya llevaba más tiempo...”; que entraban entre las 7:30 a 8:00 de la mañana, hasta las 5:30 de la tarde, o hasta que tocara de lunes a sábado, las instrucciones para el trabajo eran impartidas por Julio Aponte, éste “...nos decía que teníamos que hacer...”, les pagaban \$1.600.000 “...y nos pagaban seguro supuestamente, nos daban quincenales \$800.000...”, que para la seguridad social “...ahí nos descontaban seguridad de una planilla y nos pagaban eso...”; manifestó que nunca les dieron vacaciones y “...creo que no...” les pagaban cesantías; que les hacían un descuento de mínimo \$50.000 para el fondo de empleados que se los daban a final del año.

Julio César Aponte Moreno, hijo de los representantes legales de la sociedad demandada, precisó que conoció al actor porque compartieron área de trabajo, desde el año 2010, que sabe que el papá del demandante lo llevó a éste a trabajar con pinturas y como alizador, dado que quien tenía el contrato Aponte y Moreno, era el papá, por lo que “...no hubo ningún vínculo laboral directo en ningún momento...” con aquel; mencionó que el demandante “...realmente lunes nunca iba ,todos los días veíamos que ... él siempre llegaba tarde, salía temprano, el trabajo que él hacía siempre tenía un retraso unos días iba otros no y así...”; dijo no saber cuánto gana aquel por la labor que realizaba, que el papá del demandante ganaba “...el 23% de lo que hacía...” y que la empresa le hizo un favor y le pagaba la seguridad social de los muchachos, que con éste –Johnson Alexis, papá del actor- se tenía un contrato por prestación de servicios, y como “...el señor Johnson como no tenía empresa le hicimos el favor para que le saliera más económico...”, que se le exigía el pago de seguridad social a los trabajadores de Johnson Alexis “...si señor, su cuadrilla de trabajo debió estar

asegurada y nos lo demostraba mensualmente...”; que el demandante solo recibía órdenes de Johnson Alexis, “...si señor las órdenes y toda la labor...”.

Precisó que, aseveró que no había contrato con el accionante, pese a haber llegado dicho testigo a laborar en el año 2010 a la empresa “...porque toda la vida hemos trabajado juntos con mi padre y aún el papá de Cristian trabaja conmigo y el me lo manifiesta Johnson Alexis...”.

Finalmente, Jesús Orlando Castro Osuna, mencionó que conoce al demandante “...lo distingo desde el 2003 que entre a trabajar con Aponte y Moreno en el grupo de trabajo, me lo presentó Julio Aponte...”, que aquel “...estaba comenzando como alistador...”; que el demandante “...trabajaba era con el papá, pero como desde el 2003 o 2004...”; que el papá del accionante era contratista de pintura en Aponte y Moreno Ltda., y éste –el papá- era quien le pagaba al demandante, lo que sabe “...por qué era parte del grupo de trabajo del papá...”; que el actor trabajó “...como en febrero del 2019 él trabajó con Autoniza como un mes nada más...”; dice que aquel dejó de trabajar para la accionada “...creo que hubo algún inconveniente con el ingreso del personal, él fue un poco como agresivo...”, que “...el indisponía a las personas contra Aponte Moreno, para que nos dieran plata, por el tema de la pandemia, no le dio plata al papá de CRISTIAN...”.

Explicó que, labora –el testigo- con Aponte y Moreno “...si yo trabajo en Toberín con lámina y pintura...”, “...desde el 23 de julio de 2018...”, el actor trabajaba en “...Samper Mendoza...; pero que antes de pasarse a Toberin “...trabajaba en livianos en el barrio panamericano y ahí trabajaba él...”; que les suministraban “...los overoles que nos daba Aponte Moreno y cada operario tenía que suministrar su herramienta...”; que el demandante no tenía horario “...lunes no iba y horario no tenía...”; que la seguridad social “...hubo un periodo que estuvo afiliado por un favor de don Julio y cómo Aponte y Moreno necesitaba presentar esos aportes a Internacional de Vehículos para que le pagaran...”, pero que “...no tengo idea...”, en que época fue no tiene; señaló que no estuvo presente cuando se dio la contratación entre Aponte y Moreno y el padre del accionante Jhonson Alexis “...No cuando yo llegue él ya trabajaba ahí...”.

Al proceso se allegaron, entre otros, los siguientes documentos:

(i) Certificación de fecha 17 de marzo de 2014, expedida por Aponte y Moreno Ltda., con firma del representante Legal – Julio Aponte-, en la que se hace constar “...que el señor CRISTIAN CAMILO GONZALEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1026550829 de Bogotá, labora con la Compañía desde el mes enero de dos mil cinco (2005). Desempeñándose como ALISTADOR AUTOMOTRIZ. Con un sueldo de (\$1.600.000.00) un millón seiscientos mil pesos, con un contrato indefinido. La presente se expide a solicitud del interesado...”. (fl. 3 PDF 01).

(ii) Desprendibles de pago de los meses de enero y diciembre de 2014, en los que se indica en Cargo: “ALISTAMIENTO AUTOMOTRIZ”, como Sueldo: por 30 días \$.1600.000., se hacen descuentos para pensión, salud, ARP (fls. 4 y 5 PDF 01).

(iii) Historia Laboral en Porvenir S.A., donde figuran aportes para pensión por la razón social APONTE Y MORENO LTDA., para los ciclos 05/2016, 01/2017, 01/2018, 05/2018 y 08/2018 por COLOMBIANA DE SERVICIOS SANDER SAS para el ciclo 04/2016 y por el propio accionante CRISTIAN CAMILO GONZÁLEZ BELTRÁN para algunos ciclos, de manera interrumpida entre 06/2007 al 02/2016 (fls.6 a 11 PDF 01).

(iv) Comunicación de AUTONIZA DE FECHA ABRIL DE 2020, dirigida a AUTORIDADES CIVILES Y DE POLICIA, con “...REF. CERTIFICACION PARA MOVILIZACIÓN...”; donde el Gerente Talleres Zona Sur, donde se indica “...Por medio de la presente certificamos que las siguientes personas vinculadas a APONTE Y MORENO contratista de AUTONIZA en misión se desplazaran por Bogotá D.C., amparadas en el artículo 8 del Decreto 569 de 2020 y en el artículo 10 del Decreto 457 de 2020 pues nuestra compañía presta servicios de reparación y mantenimiento de vehículos a los automotores de empresas que proveen bienes de primera necesidad y por lo tanto hace parte de la cadena de producción, logística y transporte de estos bienes por lo que requerimos el personal necesario para poder cumplir con las labores de reparación y mantenimiento de los vehículos. Para tal efecto relacionamos el personal autorizado para transitar libremente...”, relacionando en el segundo renglón al aquí demandante, CRISTIAN CAMILO GONZALEZ, cargo: CONTRATISTA, sede: LIVIANOS (fls. 21 y 22 PDF 01).

(v) Contrato de suministro de servicios, celebrado entre las aquí demandadas, el 14 de febrero de 2020, cuyo objeto es “...el suministro de los servicios

de Pintura y Latonería de VEHÍCULOS a los CLIENTES del CONTRATANTE en los establecimientos de comercio que EL CONTRATANTE le indique...”, previéndose como duración del convenio un año, a partir del 15 de febrero de 2020 (fls. 21 a 28, PDF 09).

De los medios de prueba referenciados, analizados uno a uno y en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS); se tiene por demostrada la prestación personal del servicio del demandante en favor de la accionada Aponte y Moreno Ltda., pues aunque ésta no admite vínculo alguno con el accionante, menos aún una relación de carácter laboral; tal circunstancia permite la activación de la presunción contenida en el artículo 24 del CST, para tener por acreditado el contrato de trabajo entre las partes; correspondiendo entonces a la parte demandada, como se indicó en precedencia, desvirtuar dicha presunción, demostrando que la prestación del servicio no se dio en su favor, sino para el padre del accionante como lo alega o que la actividad la realizaba de manera autónoma e independiente; sin embargo, tal cometido no se logró en el presente asunto.

En efecto, téngase en cuenta que no hay medio de convicción alguno que lleve certidumbre y corrobore el dicho de la parte accionada, en el sentido que el contrato existente era con el padre del actor Jhonson Alexis González, quien era contratista de la sociedad demandada, ya que si bien aquel admite que ingresó a laborar a la sociedad demandada porque “...el primero de enero del 2005 el señor Johnson Alexis me llama por qué estaban necesitando alistadores para pintar...”, también aseveró que “...llego a la sede Américas me reúno con el señor Víctor Julio Aponte, hacemos un contrato verbal donde él me manifiesta lo que me voy a ganar lo que me van a descontar y ahí comenzamos a laborar con ellos...”; indicando que Johnson Alexis se desempeñaba como “...líder de la zona de pintura de Aponte y Moreno...”, sin que se hubiere acreditado cosa distinta por la parte demandada llamada como empleadora, nótese que ni siquiera se acompañó el eventual contrato de prestación de servicios que refieren los testigos Julio César Aponte Moreno y Jesús Orlando Castro Osuna era lo que existía con el aludido Johnson Alexis; manifestaciones que no llevan

certeza de dicho aspecto ni pueden ser tenidas en cuenta con tal propósito, como quiera que debe recordarse que el primero de los citados, además de ser el hijo del representante legal de esa sociedad demandada, solo empezó a trabajar con la empresa en el año 2010 según su versión, y el segundo refirió que cuando ingreso él a trabajar en el año 2003, ya estaba laborando el actor con Aponte y Moreno Ltda., pero que trabajaba era con el papá en los años 2003 y 2004; sin embargo téngase en cuenta que se acreditó que el ingreso del actor fue para el año 2005, aunado a que éste deponente no da razón de la ciencia de su dicho; circunstancias que le restan credibilidad y espontaneidad al dicho del referido testigo.

Pero es que, además, y tal como lo analizó el juez de primer grado, tales versiones resultan contrarias a lo indicado por el propio representante legal de Aponte y Moreno Ltda., en la certificación emitida el 17 de marzo de 2014, donde hace constar que el accionante estaba vinculado a la compañía como trabajador de la misma, precisando desde cuando, en qué cargo, que sueldo tenía, y la modalidad de contratación (fl. 3 PDF 01); obsérvese que, si bien el apoderado de la demandada apelante, indica que dicha certificación no fue firmada por el representante legal, quien ya falleció; no se aludió esa situación en la contestación de la demanda, menos aún se probó; nótese que no se propuso tacha de falsedad ni se desconoció el documento en los términos de los artículos 269 y 272 del CGP aplicables en materia laboral, por remisión del artículo 145 del CPTSS; ni siquiera el hijo del representante legal mencionó en su declaración tal circunstancia, pese a decir que “...toda la vida hemos trabajado juntos con mi padre...”, por lo que no resulta ahora convincente y creíble sostener que el documento es apócrifo y que, no es factible su demostración porque quien lo suscribió ya falleció; ya que se repite, no se cuenta con ningún tipo de respaldo probatorio al respecto, tampoco se precisó alguna situación particular que hubiere llevado a la firma del mismo; por tanto, no es posible tener por acreditado lo afirmado por el vocero judicial en cuanto a la firma del documento, para restarle validez.

Adviértase que la jurisprudencia ordinaria laboral, en sentencia CSJ SL1499-2021, de 28 de abril de 2021, radicado No. 87198, señaló que, para desvirtuar las certificaciones laborales:

“(...) el empleador que quiera desdecir de lo que él mismo manifestó por escrito, cuenta con una exigencia probatoria mucho más rigurosa para lograr su cometido, puesto que debe acreditar en qué condiciones de modo, tiempo y lugar se dio la afirmación falaz y qué lo motivó a certificar algo que manifiestamente estaba fuera de la realidad de las cosas.

Así lo ha entendido la Sala en diversas providencias de tiempo atrás, entre otras, en las sentencias CSJ SL758-2018; CSJ SL2032-2018; CSJ SL2600-2018; CSJ SL4735-2017; CSJ SL17514-2017; CSJ SL16528-2016; CSJ SL14426-2014; CSJ SL, 30 abril de 2013, radicación 38666; CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393; CSJ SL, 23 sep. 2009, rad. 36748. Precisamente en la sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, señaló:

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

Bajo ese contexto, no se advierte actividad probatoria alguna de la accionada tendiente a desvirtuar lo aducido en dicha certificación; ya que como se indicó líneas atrás, las manifestaciones de los testigos Aponte Moreno y Castro Osuna, no son de la suficiente entidad y contundencia para tal efecto, menos aún lo referido por su vocero judicial; aunado a que también figura reporte de cotizaciones a seguridad social en pensión por parte de *Aponte y Moreno Ltda.* a favor del demandante, que permiten inferir la naturaleza del vínculo que los ataba como laboral, amén que igualmente dicha accionada lo relacionaba como su trabajador ante la codemandada Autoniza S.A., como se evidencia del reporte que ésta última hace a las autoridades para efectos de la movilización de trabajadores en época de pandemia; precisándose que aunque en dicha comunicación se relacione éste era *contratista*, en el texto de la misiva se aclara que dicho personal está vinculado con Aponte y Moreno Ltda. quien es

contratista de Autoniza S.A., al sostenerse “...certificamos que las siguientes personas vinculadas a APONTE Y MORENO contratista de AUTONIZA en misión se desplazaran por Bogotá D.C...”.

Así las cosas, y al no haber logrado la parte pasiva, como le correspondía conforme a las reglas de la carga de la prueba –arts. 167 del CGP y 1757 del CC- acreditar sus dichos, probando la existencia de un actuar independiente y autónomo del demandante; no puede considerarse que se desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST, y por tanto no existió contrato de trabajo, como quiera que no es lo advertido en el presente asunto; debiendo por tanto avalarse la decisión de instancia en cuanto consideró acreditado el vínculo de carácter laboral entre el actor y la sociedad Aponte y Moreno Ltda., en los términos allí indicados; por lo que la misma se confirmará.

Entonces, al haber quedado probado que el vínculo entre el demandante y la sociedad accionada *Aponte y Moreno Ltda.*, es de carácter laboral, único aspecto controvertido por el vocero judicial de dicha firma, como quiera que su intervención la basó en la no validez del certificado laboral; el accionante tiene derecho a las acreencias por las que elevó condena el juzgador de primer grado, dado que se constituyen en el mínimo de garantías consagradas en favor de los trabajadores y se toman en derechos irrenunciables a voces de lo sostenido en los artículos 13 y 14 del CST; por lo que se confirmará la decisión respecto de las condenas impuestas en los términos determinados por el a quo; habida consideración que, se repite, sobre estos aspectos no se indicó algún motivo o razón específica de reparo que diera viabilidad a la confrontación con lo argumentado por el juzgador de primer grado.

Con lo expuesto, queda de esta manera desatado el recurso interpuesto por el apoderado de la sociedad demandada.

Ahora, frente a los reparos de la parte demandante, se reclama la condena por subsidio de alimentación (sic), entendiéndose que se trata del *subsidio familiar*

que es lo que se pretende en la demanda, así como la indemnización por despido injusto y la devolución de los aportes a seguridad social.

Frente a la petición de subsidio familiar, y sus presupuestos normativos – Ley 21 de 1982, artículos 27, 28 –derogado por el artículo 3° de la Ley 789 de 2002, 29; no se encuentra acreditado en el plenario que el actor hubiere demostrado ante su empleador su condición de beneficiario del mismo, así como el cumplimiento de los requisitos para ello, pues si bien se allega con la demanda los registros civiles de los menores hijos nacidos el 16 de julio de 2014 –Mariana González Velandia- y el 19 de octubre de 2017 –Martín González Velandia- (fls. 23 y 24 PDF 01); sin embargo, no hay prueba alguna que permita evidenciar que acreditó ante su empleadora la existencia de tales beneficiarios, aportando los registros civiles correspondientes para demostrar tal hecho, ni probó dentro del presente juicio, el valor de la cuota que paga la Caja de Compensación en la zona donde se percibió el salario, por lo que no es factible impartir la condena deprecada; debiendo confirmarse la absolución al respecto.

Con relación a la indemnización por despido injusto, se indica que en el mes de abril, de manera verbal ante el empleador Aponte y Moreno Ltda., el demandante *“...se quejó .. por el no pago de los salarios y prestaciones sociales a los trabajadores...”* que *“...a través de audios remitidos al encargado de dirigir a los trabajadores, el representante legal, **JULIO APONTE** y su hijo, le informaron que mi representado no seguiría prestando sus servicios en atención a las reclamaciones efectuadas por el no pago de salarios y prestaciones...”* y *“...Que el empleador a partir de lo anterior, decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa...”* (hechos 28 a 30, fls. y 61 PDF 01); supuestos que no fueron aceptados por la accionada (fls. 3 PDF 10).

En el interrogatorio absuelto, el demandante indicó que en reunión virtual con personal de Autoniza y el representante legal de Aponte y Moreno Ltda., él *“...ahí comienzo a exponer todo lo que está pasando, entonces ahí digo que me parece injusto que no nos estén pagando el seguro desde diciembre, no nos estén pagando el seguro, no nos den plata, y nos obliguen a ir en una cuarentena cuando el covid estaba empezando, a empezar a trabajar, sin trabajo, sin plata, comienzo a quejarme de que a mi me deben más de 5 meses, de que no he recibido*

plata y entonces ahí lo que hacen es pues dilatar lo que yo estaba diciendo una video llamada con Autoniza, con todos ellos, ... se termina la reunión sacan los permisos, Autoniza ya tiene el permiso, nos habían pedido los nombres con número de cédula para que nosotros pudiéramos andar e ir a trabajar, se acaba el zoom; ya después yo vivo como a dos o tres cuadras del taller entonces el más opcionado para empezar era yo, entonces estoy esperando es cuando pregunto, voy y me acerco al taller y pregunto y me niegan la entrada porque el señor Víctor Julio Aponte... dice que no puedo trabajar con el más por lo que yo había dicho en el zoom..."

El deponente Walter Manuel Contreras Martínez, adujo que el vínculo del actor feneció porque *"...creo que hubo un roce entre ellos porque la empresa no les había pagado unos meses por pandemia..."*, que fue lo manifestado por el demandante.

Jesús Orlando Castro Osuna, refirió que la razón para que Cristian Camilo no volviera a trabajar fue porque *"...creo que hubo algún inconveniente con el ingreso del personal, él fue un poco como agresivo..."*; cuando el a quo le preguntó a que se refirió con agresivo, señaló *"...él indisponía a las personas contra aponte moreno, para que nos dieran Plata, por el tema de la pandemia, no le dio plata al papá de Cristian..."*.

Se allegaron seis audios de whatsapp (PDFs 18 a 23), indicándose al peticionarse el decreto de la prueba que *"...se escuchan las razones del despido por parte del representante legal de APONTE Y MORENO LTDA., así como el hijo del mismo..."*.

Respecto de la carga de la prueba del despido, de tiempo atrás la jurisprudencia ha advertido que le corresponde al trabajador demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar, la justificación del hecho o hechos que lo originaron; no obstante, dicha carga probatoria no fue cumplida por el accionante, toda vez que no es posible determinar tal aspecto con la simple manifestación que éste hizo al respecto, pues para ello se requería que mediante los medios de prueba acreditara que la decisión de terminar el contrato de trabajo provino del demandado.

En efecto, téngase en cuenta que no se advierte de los medios de prueba establecidos en el proceso, que hubiere sido la demandada quien tomó unilateralmente la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, ya que

no se cuenta con confesión de ésta al respecto; y la tesis del actor, como se dijo, no fue respaldada por ningún otro medio de convicción; nótese que como lo expuso el juzgador de origen, de los audios aportados no es factible identificar con precisión y certidumbre entre quienes se da las conversaciones allí contenidas, la fecha de las mismas, y que concreta y específicamente están aludiendo al hoy demandante; para inferir que efectivamente y como lo asevera la parte actora provienen del empleador y prueban que, la terminación del contrato fue decisión de ésta.

Tampoco la prueba testimonial da cuenta de tal situación, ya que, aunque los citados Contreras Martínez y Castro Osuna, coincidan en que el demandante salió por un roce o inconveniente que tuvo con su empleador; tal circunstancia no les consta directa y personalmente, pues el primero expuso que fueron comentarios del actor y el segundo no dio razón de la ciencia de su dicho ni expuso circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello sucedió; pero es más, no indican que el demandante fuera despedido por el patrono, ni que se le negó el ingreso a las instalaciones, como equivocadamente lo colige el vocero judicial del accionante, al referir que esas *“...razones llevaron a que el empleador lo despidiera a tal punto de que se le prohibió el ingreso...”*; dado que no es procedente hacer tales elucubraciones de lo manifestado por dichos deponentes

Ahora, la circunstancia que no le hubieren contestado el derecho de petición, tampoco acredita el despido en los términos referidos en la demanda, aunado a que el mismo fue presentado posterior al fenecimiento del contrato.

Entonces, al no haber quedado acreditado el hecho del despido, no es factible edificar condena alguna por la indemnización deprecada, por tanto, se confirmará la absolución impartida al respecto.

De otra parte, se reclama la devolución de los aportes al sistema de seguridad social, entendiéndose que se hace alusión a los correspondientes a pensión, habida consideración que se indica por el gestor judicial apelante *“...el*

juzgado no analizó la prueba contenida en el escrito genitor relacionado con la **historia laboral** que hace parte del dossier verdad, en donde se indica mes a mes los valores sobre los cuales se realizaron el aporte, es decir el ingreso base de cotización indicando incluso los extremos que allí se establecen...”.

Respecto a las cotizaciones de seguridad social, se observa que la Ley 100 de 1993, norma que consagra el sistema general de pensión, en su artículo 15 prevé que son afiliados al sistema general de pensiones, en forma obligatoria, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, entre otros; y el artículo 17, consagra:

*“(...) Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas **con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devengue**”.*

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuado el afiliado o el empleador en los dos regímenes...” (Resaltado fuera de texto)

Bajo ese entendimiento, le corresponde al empleador sufragar o efectuar los aportes para pensión durante la vigencia del contrato de trabajo, para cubrir dicho riesgo hacía el futuro, donde la misma Ley (Art. 22 ibídem) y la Constitución Política (Art. 48) imponen la obligación al patrono de cumplir con estas cotizaciones a la Seguridad Social y consagra este derecho como irrenunciable. La falta de pago va a redundar en perjuicio del expleado, al verse menguados por la omisión de su antiguo empleador, sus aportes para una futura pensión, obligación que solo cesa cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a dicha prestación ya sea por vejez, invalidez, o anticipadamente, sin perjuicio de los aportes voluntarios, según el artículo transcrito.

Además, el empleador es responsable de los aportes a su cargo y de los que correspondan a sus trabajadores, por lo que debe descontar del salario de cada afiliado, al momento del pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y de las que voluntariamente y de manera expresa haya autorizado el empleado por escrito, trasladando dichas sumas a la entidad elegida, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos establecidos, respondiendo

por la totalidad del mismo, aun en el evento en que no hubiere efectuado la deducción al trabajador (Art. 22 de la Ley 100/93).

En el presente asunto, si bien como lo refirió el apoderado del demandante, obra historia laboral expedida por Porvenir S.A. (fls. 6 a 9 PDF 1), donde figuran los meses en que eventualmente el demandante pudo realizar cotizaciones de manera independiente, así como el IBC sobre el cual se efectuó el aporte; no se encuentra discriminado lo que pagó el accionante, esto es, la suma que materialmente consignó por tal concepto en cada ciclo o mes, para así proceder a la devolución respectiva; dado que no es factible tomar dicho IBC registrado y obtener el porcentaje que le correspondía aportar al patrono, como al parecer lo pretende el apelante; como quiera que, como se indicó, en dicha documental no se discrimina o relaciona el valor del aporte materialmente efectuado, que permita determinar de manera precisa y concreta en realidad y de acuerdo a lo cotizado, el monto a reintegrar al actor.

Como a la misma conclusión arribó el juzgador de primer grado, se confirmará la absolución impartida al respecto.

Finalmente, reclama el apoderado del actor, la responsabilidad solidaria de Autoniza S.A. con la empleadora, al sostener que *“...es una empresa que se benefició de los servicios contratados, de los servicios que le prestó Aponte y Moreno aquí el representante legal confesó de manera espontánea que si existió un contrato entre Aponte y Moreno y Autoniza e incluso indicó unas fechas en que se llevó a cabo la ejecución de ese contrato, de igual forma señaló que existe una certificación en donde se indicó o se le comunicó a las autoridades civiles y de policía para que el señor Cristian pudiera trasladarse libremente por el distrito de Bogotá y pues considera este apoderado que el tribunal debe revocar la decisión de forma parcial y condenar solidariamente a la empresa Autoniza a que reconozca los valores que se causaron entre la suscripción del contrato que aportó la misma parte demandada Autoniza y que hace parte pues del proceso...”*.

En el proceso quedo acreditado que, entre las sociedades demandadas se celebró el 14 de febrero de 2020, CONTRATO DE SUMINISTRO DE SERVICIOS, con el objeto que la contratista *Aponte y Moreno Ltda.*, suministrara los servicios

de pintura y latonería de vehículos a los clientes de la contratante *Autoniza S.A.*, en los establecimientos de comercio que ésta le indicara (fls. 21 a 28 PDF 09). El representante legal de *Autoniza S.A.*, ratificó la existencia de dicho convenio, así como que el hecho que demandante fue relacionado por la empresa como uno de las personas que le prestaría servicios y que *Autoniza* en comunicación de abril de 2020, registró en certificación para movilización dirigida a autoridades civiles y de policía, en época de pandemia (fls. 21 y 22 PDF 01).

Respecto a la prestación del servicio en *Autoniza S.A.*, el actor refirió que *“...nosotros trabajamos para Autoniza y como le explico su señoría don Julio también tenía un contrato con San Jorge y donde nosotros llegábamos él nos decía para donde nos íbamos, si nos íbamos para San Jorge, si nos íbamos para el tipo de vehículos pesados, si nos íbamos para el express, nosotros llegábamos a las 7:30 y el señor Víctor Julio nos decía para donde nos íbamos...”*, que empezaron a ser remitidos a dicha sociedad *“...como desde el 2019 - 2020, como desde el 2019, es que no estoy seguro. Es que como hay varios talleres su señoría, entonces digamos don Julio tenía un contrato con Autoniza, tenía un contrato con San Jorge, tenía un contrato con Internacional, entonces uno le trabajaba a varias empresas de Chevrolet...”*.

La figura jurídica de la solidaridad frente al contratista independiente, se encuentra determinada en el artículo 34 del C.S.T., al exponer:

- “1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores**, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso para que se repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
- 2. Los beneficiarios del trabajo o dueño de la obra también serán solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”* Resaltado fuera de texto).

En el certificado de existencia y representación legal de Aponte y Moreno Ltda., se observa en términos generales, que el objeto social de dicha sociedad es **“...EL PRESTAR LOS SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y REPARACION DE VEHICULOS AUTOMOTORES, COMPRA, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE MATERIALES DESTINADOS AL**

MANTENIMIENTO DE VEHICULOS AUTOMOTORES, TALES COMO PINTURAS Y OTROS. IMPORTACIÓN DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE REPUESTOS PARA VEHICULOS AUTO MOTORES. TOMAR LA PRESENTACION DE FIRMAR NACIONALES O EXTRANJERAS QUE TENGA RELACIÓN CON ESTA ACTIVIDAD...” (resaltado fuera de texto, fls. 25 a 28 PDF 01),

El objeto social de Autoniza S.A., es el “...1) La compra, venta y distribución de vehículos automotores de cual índole; 2) La compra, venta y distribución de repuestos para vehículos automotores o de otro orden; 3) **El manejo y explotación de talleres de servicios para vehículos de cualquier clase** y de maquinaria agrícola e industrial...” (resalta la Sala, fls. 29 a 48 PDF 01).

Bajo ese contexto, se observa que los objetos o actividades desarrolladas por las accionadas son conexas o complementarias entre si; como quiera que mientras Aponte y Moreno Ltda., se dedica a prestar servicios de mantenimiento y reparación de vehículos automotores, Autoniza S.A., tiene el manejo y explotación de talleres de servicios para vehículos de cualquier clase; evidenciándose que dichas actividades se complementan, en el entendido que el manejo y explotación de talleres que se referencia por parte de Autoniza comprende el mantenimiento y reparación de vehículos que adelanta Aponte y Moreno Ltda., por lo que en esos términos, sería predicable la solidaridad establecida en la normatividad legal citada; como quiera que las actividades desarrolladas están comprendidas o complementan los objetos sociales ya citados.

No obstante lo anterior, también se advierte que conforme lo acotó el juez de instancia, el demandante no realizaba única y exclusivamente labores para Autoniza, sino como éste lo admitió, su función de *técnico pintor automotriz y alistador automotriz* era para diferentes empresas con las que tenía para la misma época contratos o vínculos su empleador Aponte y Moreno Ltda., al señalar “...nosotros llegábamos a las 7:30 y el señor Víctor Julio nos decía para donde nos íbamos...”; sin que se hubiere acreditado concreta y específicamente que días desde que empezó el vínculo entre las accionadas -15 de febrero de 2020- estuvo el accionante prestando sus servicios única y exclusivamente para Autoniza S.A. en virtud del aludido convenio celebrado por la parte pasiva, para así entrar a

determinar la responsabilidad de Autoniza respecto de las acreencias laborales objeto de condena; como quiera que dicha solidaridad no puede comprender o extenderse, como lo pretende el recurrente durante el tiempo que estuvo vinculado laboralmente el accionante en vigencia del contrato de prestación de servicios celebrado por las demandadas; dado que, a manera de resultar insistentes, no fue Autoniza la única empresa que se benefició de los servicios del demandante mientras estuvieron vigentes los convenios –laboral y comercial- respectivamente.

Por tanto, al no haberse determinado fehacientemente que, durante el tiempo que estuvo vigente el contrato comercial con Autoniza y la fecha de terminación del vínculo laboral del accionante, esto es entre el 15 de febrero al 1° de abril de 2020, única y exclusivamente el demandante prestó sus servicios en Autoniza; no es factible endilgarle a dicha empresa la solidaridad reclamada; ya que ésta no puede hacerse responsable por las acreencias objeto de condena, que como lo indicó el juzgador de primer grado, aluden a todo el tiempo que duró el vínculo del accionante; cuando la actividad de éste no la desplegaba únicamente en desarrollo del contrato comercial que la unía con la empleadora, pues como lo razonó el a quo, no es factible *“...deducir en qué proporción se fragmentaría ese importe económico respecto de Autoniza S.A. en el escenario de la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del CST...”*; por lo que en esos términos, se confirmará la decisión absolutoria impartida en este punto.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en el recurso.

Sin condena en costas al no encontrarse causadas, como quiera que ninguno de los recursos salió adelante.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **CRISTIAN CAMILO GONZÁLEZ BELTRÁN** contra la **APONTE Y MORENO LTDA.** y **AUTONIZA S.A.**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

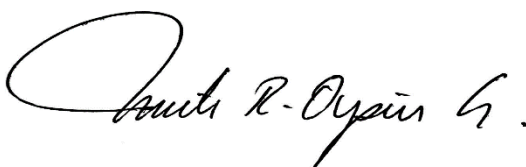
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-036-2017-00643-01**
Demandante: **ADRIANA DEL ROSARIO PÁEZ NARVÁEZ**
Demandados: **INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA SAS y
DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A.**

En Bogotá D.C. a los **30 DIAS DEL MES DE ENERO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022 que erigió en legislación permanente el Decreto 806, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes demandante y accionado Instituto de Ultratecnología Médica SAS, contra la sentencia proferida el 25 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

ADRIANA DE ROSARIO PÁEZ NARVÁEZ demandó al **INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA SAS** y a **DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare que entre las demandadas existió sustitución patronal respecto de la relación laboral con la accionante; que dicho vínculo se dio a través del contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de noviembre de 2011 y el 19 de marzo de 2014; que el

auxilio extralegal de \$465.000 constituye factor salarial; el último salario fue de \$1.598.900, no obstante la accionada elaboró la liquidación con un salario inferior; que no le pagaron las prestaciones sociales y vacaciones del lapso comprendido entre el 1° de noviembre de 2011 al 30 de marzo de 2012; que la terminación del contrato se dio por el incumplimiento del empleador que la obligó a presentar renuncia motivada; en consecuencia, se condene de manera principal a DIAGNÖSTICO E IMÁGENES S.A. a pagarle cesantías, intereses, primas y vacaciones del 1° de noviembre de 2011 al 30 de marzo de 2012; la diferencia prestacional –cesantías, intereses, primas- y vacaciones de todo el tiempo servido; aportes a seguridad social integral –salud, pensión, riesgos laborales-; indemnizaciones artículos 64, 65 CST, 99 Ley 50 de 1990.

De manera subsidiaria, reclama las mismas pretensiones respecto del INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MÉDICA SAS., esto es, la existencia del contrato de trabajo entre el 1° de noviembre de 2011 al 30 de marzo de 2012, con un salario de \$1.133.400 que el vínculo terminó en la última fecha referida, por decisión del Instituto y sin justa causa, no le reconoció prestaciones sociales y vacaciones durante la vigencia del contrato, ni le practicó liquidación final del contrato de trabajo, evadió los pagos al sistema de seguridad social; en consecuencia se condene a la dicha accionada a pagarle prima de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a la cesantía, de todo lapso laborado, los aportes a seguridad social – AFP, EPS y ARL-, indemnizaciones artículos 64. 99 de la Ley 50 de 199, la “...*sanción moratoria contemplada en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, por no haber consignado dentro de los plazos señalados los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y E.P.S...*”. Como pretensiones comunes la indexación, lo ultra y extra, y las costas.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda y su subsanación que la accionante celebró contrato individual de trabajo a término indefinido con el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MÉDICA SAS, entre el 1° de noviembre de 2011 y el 30 de marzo de 2012, en el cargo de Profesional de Apoyo de Servicio al Cliente; que a partir del 1° de abril de 2012 y el 19 de marzo de 2014 se dio sustitución patronal con la sociedad DIAGNÖSTICOS E IMÁGENES S.A.,

sin que la misma se le informara o notificara a la demandante; dicha sociedad celebró un nuevo contrato individual de trabajo con la actora, vigente entre el lapso ya mencionado, en el cargo de *Coordinadora de Servicio al Cliente*, período sobre el cual realizó la liquidación final de prestaciones sociales, es decir que no incluyó el tiempo del primer contrato, por lo que no ha cancelado las acreencias que reclama con esta acción ordinaria laboral.

Sostiene que el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MÉDICA SAS, no realizó cotizaciones a seguridad social integral –salud, pensión, riesgos laborales-, ni pago prestaciones sociales y vacaciones del primer contrato, que con dicha entidad recibió como salario la suma de \$1.071.200, y con DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A. \$1.133.400 y adicionalmente una bonificación mensual de \$465.000 que constituye factor salarial, por lo que para la fecha de terminación del contrato el salario ascendía a la suma de \$1.598.900.

Precisa que DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A., no cumplió con las obligaciones laborales como empleador de la accionante, obligándola a presentar carta de renuncia motivada el 19 de marzo de 2014, constituyendo un despido indirecto. Señala que el 6 de marzo de 2017 presentó escritos ante las sociedades demandadas para interrumpir la prescripción, que fue respondido por DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A., el 21 de marzo de la misma anualidad (fls. 1 a 17 PDF 03 y 1 a 20 PDF 07).

La demanda fue repartida al **Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (PDF 05), autoridad que inicialmente, con proveído de 18 de noviembre de 2017 la inadmitió (PDF 06), y luego de subsanada la misma, con auto de 12 de febrero de 2018 la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 08); auto admisorio que fue corregido a través de providencia de 6 de abril de 2018, respecto al nombre correcto de la demandante (PDF 11).

El accionado **INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S.**, dentro del término legal y por conducto de apoderada judicial, contestó la demanda señalando que “...*INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MÉDICA S.A.S. no sustituyó la relación laboral de la trabajadora demandante, pues al momento de terminar la misma, le fueron canceladas la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudadas. Diferente es que, al momento del finiquito del contrato, la empresa DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A., giró el cheque No. 1765235, del Banco AV Villas, con ocasión de una deuda con el empleador...*”, oponiéndose a las pretensiones declarativas y de condena solicitadas contra ella, reiterando que a la finalización del contrato de trabajo canceló las acreencias reclamadas.

En el acápite de HECHOS Y RAZONES DE DERECHO QUE FUNDAMENTAN LA DEFENSA precisa “...*Dentro de los archivos de la empresa se encontró una liquidación de prestaciones sociales y pago de salarios atrasados, que da cuenta que la señora ADRIANA DEL ROSARIO PÁEZ NARVÁEZ empezó a laborar en el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S., desde el 1 de diciembre de 2011, con un salario base de \$1´240.000.- Dicha liquidación se canceló el día 4 de abril de 2012, mediante número de cheque 1765235 del Banco AV Villas, cuyo titular de cuenta es la empresa DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A. por la suma de \$ 4.671.456, correspondiente a los salarios y prestaciones sociales adeudadas a la demandante entre el 1 de diciembre 2011 hasta el 30 de marzo del 2012.....*”.

En su defensa, formuló las excepciones de fondo que denominó, buena fe por parte de la demandada *INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S.*, pago de prestaciones sociales y cobro de lo no debido, prescripción y, “Excepción genérica” (fls. 2 a 14, PDF 51).

La demandada **DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A.S.**, dentro del término legal y por conducto de gestor judicial, dio contestación con oposición a las pretensiones principales tanto declarativas como de condena, precisando que la ella no sustituyó a ningún empleador, pues celebró un contrato de trabajo con la demandante a partir de abril de 2012; aceptó los hechos relacionados con la celebración del contrato de trabajo con ella, los extremos temporales, el cargo, precisó que el salario devengado era de \$1.232.000, que le pagó la liquidación de prestaciones sociales al momento de terminar el vínculo y que la comunicación

de interrupción de la prescripción fue radicada en la entidad el 21 de marzo de 2017.

En el capítulo de FUNDAMENTOS DE HECHOS Y DERECHO DE LA DEFENSA sostiene “...Aunque mi representada no halló la carpeta laboral de la trabajadora, de los soportes contables encontrados, se puede determinar que existió un contrato de trabajo entre la señora ADRIANA DEL ROSARIO PÁEZ NARVÁEZ, y DIAGNOSTICOS E IMÁGENES S.A.S., entre el 1 de abril de 2012 y el 19 de marzo de 2014, el cual termino por renuncia de la extrabajadora y al finalizar esa relación laboral, se liquidó debidamente el mismo...”. en su defensa propuso excepciones de buena fe de la demandada, cobro de lo no debido, y prescripción (fls. 2 a 9, PDF 52).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 25 de marzo de 2022, resolvió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR una relación laboral entre la señora ADRIANA DEL ROSARIO PÁEZ NARVÁEZ y DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A.S., del 1° de abril de 2012 al 19 de marzo de 2014.

SEGUNDO: DECLARAR una relación laboral entre la señora ADRIANA DEL ROSARIO PÁEZ NARVÁEZ y el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S., del 1° de noviembre de 2011 al 30 de marzo de 2012.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR al INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S. a cancelar el valor del cálculo actuarial, por el tiempo que la señora ADRIANA DEL ROSARIO PÁEZ NARVÁEZ no estuvo afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, esto es, del 1° de noviembre de 2011 al 30 de marzo de 2012, de conformidad con la liquidación que al efecto realice la administradora de fondos de pensiones en la que se encuentre afiliada, con observancia del Decreto 1887 de 1994.- Lo anterior conforme a un ingreso base de cotización que asciende a la suma de \$1.240.000.

QUINTO: ABSOLVER a las encartadas de las restantes pretensiones incoadas en su contra

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS al INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S. Éstas deberán liquidarse con la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho...”.

III. RECURSOS DE APELACION

Inconformes con la decisión los apoderados de la parte demandante y la accionada Instituto de Ultratecnología Médica SAS, interponen recurso de apelación.

Parte demandante: plantea su inconformidad, sosteniendo:

“(…) Muchas gracias señora Juez. En este estado de la diligencia, me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo proferido por este despacho, y me permito sustentarlo. Este recurso de apelación, va a interponerse en contra de dos o tres aspectos de la sentencia: Uno de ellos, es lo referente a la no condena de DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES, frente a la reliquidación de las prestaciones sociales que deberían ser pagadas al momento de la finalización del contrato de trabajo, demostrándose dentro del expediente que efectivamente mi representada no percibía la suma de \$1’200.000 sino que de igual manera cómo se puede observar en la certificación aportada al expediente tenía un salario adicional en donde ellos lo llamaban un auxilio de alimentación sobre \$435.000. En este sentido efectivamente el salario percibido por ella ascendía a la suma de \$1.700.000 aproximadamente que eran pagaderos mensualmente. En este sentido, pues al encontrarse probado dicho salario y no haberse firmado por parte de su empleador DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES, un OTROSI en los términos establecidos en el artículo 128 del CST, y no existiendo acuerdo de las partes, pues efectivamente se puede notar que si el salario, es la parte adicional que certifica por parte del empleador DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES, certificación laboral que goza de todo el carácter probatorio por cuanto es emitida por la empresa y se encuentra en el membrete de la misma. Ahora bien, el segundo punto es el referente a la prescripción, si en la alzada el Tribunal hace análisis de la misma frente a la prescripción de DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES no me voy a referir a la prescripción del INSTITUTO, pero frente a la prescripción de DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES, se puede observar que dentro de las pruebas obrantes al expediente, si bien es cierto hay una certificación, o una constancia de envío por la empresa, por la empresa INTERRAPIDÍSIMO en donde se tiene la fecha de envío del 6 de marzo de 2017, la que se puede observar en el mismo documento y que no obra en el expediente una certificación de recibido por la empresa de DIAGNÓSTICO E IMÁGENES, si es pertinente resaltar que dentro de la contestación de la demanda frente al hecho 26 y al hecho 25 de DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES, ellos efectivamente aceptan que recibieron dicha prescripción pero dicen que fue el 21 de marzo de 2017 para lo cual puede establecer que se entiende enviada o interrumpida la prescripción desde el momento del envío de dicho documento que es el que obra en el expediente como prueba. Así las cosas, si en segunda instancia se llegase a decidir la condena a DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES frente a la reliquidación de las prestaciones sociales, sobre el salario que se está determinando, efectivamente pues no se establecería la prescripción en el entendido que la fecha de envío del documento fue el día 6 de marzo de 2017 y la prescripción pues operaba el día 19 de marzo de 2017. Ahora bien, frente al fenómeno también de la prescripción por no haberse notificado la demanda en el año siguiente al que se libra el mandamiento de pago, si bien es cierto hay autos ordenando al juzgado, ordenando por parte de este juzgado que se corrijan el envío de la notificación del 292 y 293 es importante resaltar que desde el mismo auto admisorio de la demanda se hicieron todas las actuaciones tendientes para notificar a los aquí demandados, se enviaron el aviso y la notificación a las direcciones durante ese año y que los dos demandados no quisieron notificarse de manera personal tal como lo dice el Código de Procedimiento Laboral, no se hicieron presentes y esperaron hasta que se nombrara curador a pesar de que efectivamente se les había allegado dichas notificaciones; esto, en el sentido de advertir que efectivamente y ya como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, este fenómeno de la prescripción se aplica cuando efectivamente haya o exista negligencia por la parte demandante en no querer realizar la notificación en el año establecido por la norma. En ese sentido si se observa en el expediente, cómo repito nuevamente, dentro de todas las actuaciones se realizaron en el año efectivamente, después de que se libra mandamiento (sic) con el fin de buscar que efectivamente se lograra la notificación de los aquí demandados, como se puede analizar pues del mismo expediente. En este sentido dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitándole a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se sirvan revocar la sentencia proferida por este Honorable Despacho y en su lugar, se condene a la empresa DIAGNOSTICOS E IMAGENES la reliquidación de las prestaciones sociales y de igual manera como consecuencia de ello, se aplique la sanción del artículo 65 del CST frente a la indemnización moratoria por el no pago de dichas

prestaciones como consecuencia pues del salario real que devengaba mi representada. Muchas gracias Señora Juez...”.

El Instituto de Ultratecnología Médica SAS, manifestó su reparo de la siguiente manera:

“(…) Gracias su Señoría, me permito interponer recurso de apelación respecto de la condena impuesta a mi representada INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA por el pago de los aportes al sistema de seguridad social con base en las conclusiones a las que arribo la señora juez y lo sustentó especialmente su señoría en que en las consideraciones de su sentencia, la señora juez determinó que le daba validez a las certificaciones laborales aportadas por la parte actora y hago especial énfasis a la certificación emitida aparentemente por EL INSTITUTO DE ULTRA TECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S., que pues según mi expediente físico, está a folio 21. Especialmente, quiero llamar la atención sobre la manifestación efectuada por esta apoderada respecto de esa documental en cuanto claramente desconoció ese documento por dos circunstancias específicas, en primer lugar porque la señora que suscribe el documento de nombre SONIA AGUDELO VELÁZQUEZ como Directora de Talento Humano, nunca fue trabajadora del INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA y para ello se arrimó certificación expedida el 3 de febrero de 2020, por la Revisora Fiscal de la empresa INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA, quien da cuenta efectivamente que, nunca existió vínculo laboral o vínculo alguno con esta señora que aparentemente emite la certificación. Sin embargo, he de aclarar también que no se presentó tacha de falsedad respecto de ese documento, por que la persona jurídica que expide el documento se denomina “INSTITUTO DE ULTRA TECNOLOGÍA MEDICAL S.A.” y la razón social de la entidad llamada a este juicio es INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA SAS, luego claramente hay una diferencia entre el nombre de la razón social, sumado a que el sello de la persona que suscribe ese documento, aparece por otra persona jurídica distinta denominada DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES. Si verificamos ese documento, con la certificación obrante a folio 22, que es el de DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES, pues claramente se trata de la misma persona que suscribe ese documento y que también le pone un sello de DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES. Entonces pues al no tener la certeza de la supuesta persona jurídica que emite el certificado. pues no coincide exactamente con la llamada a este juicio pues esa es la razón específica por la que no se presentó esa tacha. Ahora, al no haberse aceptado ese documento como prueba que tiene la Señora Juez para tener en cuenta los extremos temporales, mediante el cual se declara la relación de la demandante específicamente el extremo temporal de inicio, pues debo manifestar también que en los hechos de la demanda claramente se indicó que si bien se había suscrito un contrato a partir del 1 de noviembre del 2011 con la demandante lo cierto es que ella empezó a prestar sus servicios a partir del 1 de diciembre del 2011 y fue por ello que se emitió la correspondiente liquidación de prestaciones sociales a partir de esa fecha, luego pues claramente es sabido que las negaciones indefinidas no requieren prueba y que de conformidad con el artículo 167 del CGP, pues le incumbe a las partes demostrar los supuestos de hecho con los que fundamentan sus pretensiones; y teniendo en cuenta que la demandante manifestó en los hechos de la demanda que había iniciado una relación laboral con el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA, en noviembre del 2011 a ella le correspondía haber demostrado que había prestado sus servicios desde ese momento. Por esa razón solicito la revocatoria parcial de la condena impuesta en cuanto a que se declare la existencia de una relación laboral solamente desde el primero de diciembre del 2011 con el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MEDICA. En ese sentido, dejo sustentado mi recurso de apelación. (...)”.

La Juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial

de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01 Cdno. 02 SegundaInstancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 09 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 21 de noviembre del 2022 (PDF 11 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término correspondiente para alegar en segunda instancia, el apoderado de la parte demandante, allegó escrito de alegaciones, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se condene al INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S., a la reliquidación de prestaciones y sanción moratoria, señalando lo siguiente:

“(…) El presente proceso nació a fin de que se declare que entre la señor (sic) ADRIANA DEL ROSARIO PAEZ NARVAEZ y la empresa INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MEDICA S.A.S., no obstante, mi representada se vio en la forzosa obligación de presentar renuncia motivada, configurándose el despido directo, por ende, un despido sin justa causa, además de que el salario devengado por la señora no fue el real al momento de la liquidación de prestaciones sociales, atendiendo a los siguientes presupuestos.

1.RESPECTO DE NO CONDENAR A LA EMPRESA INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MEDICA S.A.S., AL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES POR VARIACION DEL SALARIO.

En el presente caso, se evidencia que la sentencia apelada argumenta su decisión en que no se evidencia que el salario fuera mayor al último salario devengado por mi representada y que por el contrario el a quo indica que es el que se observa en la liquidación de las prestaciones sociales elaborada por el empleador, y que frente a la reliquidación de las prestaciones sociales que debieron haber sido pagas al momento de la finalización del contrato de trabajo este se demostró en el expediente que efectivamente mi representada no percibía como salario la suma de \$1.200.000 sino que al contrario como se observa en la certificación laboral que se aporta tenía un salario adicional donde la empresa lo llamada auxilio de alimentación sobre la suma de 435.000, por lo cual el salario de mi representada ascendía a la suma de 1.700.000 los cuales eran cancelados mensualmente, por lo que al encontrarse probado que era el salario que devengaba la señora.

Por otro lado, al no haberse firmado otrosí por parte del empleador en los términos establecidos del artículo 128 del código sustantivo del trabajo y no existiendo acuerdo entre las partes, se evidencia que si es salario la parte adicional que se certifica por parte del empleador en certificado allegado, certificación que cumple con todos los requisitos de carácter probatorio por cuanto fue emitido por su empleador y se encuentra el membrete de la misma

2.RESPECTO A PROBAR PARCIALMENTE LA PRESCRIPCION

Respecto a la prescripción, si el honorable magistrado hace un análisis a la misma frente a la prescripción que alega el aquo en cuanto al INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MEDICA SAS se puede observar que entre las pruebas obrantes en el expediente, si bien es cierto, que hay una certificación de constancia de envío emitida por la empresa de mensajería Interrapidísimo donde se tiene como fecha de envío del día 6 de marzo de 2017, según prueba allegada con la demanda y que no obra en el expediente una certificación de recibido por la empresa demandada, es pertinente resaltar que dentro de la contestación de la demanda frente al hecho 25, la empresa acepta el recibido de dicha reclamación elevada por mi representada indicando que la recibieron el 21 de marzo de 2017, para lo cual se puede establecer que se entiende interrumpida desde el momento del envío de dicho documento el cual obra como prueba en el expediente.

Así las cosas, honorable magistrado la decisión en esta instancia debería estar en caminata a la condena en contra de diagnóstico frente a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el salario aproximado de 1700.000, con base en que efectivamente se interrumpió la prescripción siendo como fecha la del 6 de marzo de 2017 estando frente al término de la prescripción mencionada.

Ahora bien, respecto al fenómeno de la prescripción por no haber notificado la demanda en el año siguiente en que se libra el mandamiento de pago, si bien es cierto que hay autos ordenando por parte de este juzgado, que se corrijan el envío de la notificación del 291 y 293 es importante resaltar que desde el mismo auto admisorio de la demanda se hicieron todas las actuaciones tendientes para notificar a los aquí demandados, enviándose en aviso y la notificación a las direcciones durante ese año y los dos demandados no estuvieron prestos a notificarse de manera personal al tenor del código de procedimiento laboral y de la seguridad social, esperando a que se nombrara curador ad litem en las diligencias hechas por el despacho a pesar de que estos se les hizo allegar la correspondiente notificaciones, esto en el sentido de advertir que como lo ha establecido la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA DE CASACION LABORAL en reiteradas jurisprudencias, el fenómeno de la prescripción se aplica cuando efectivamente haya negligencia por la parte demandante al no realizar la notificación en el año que otorga el código general del proceso, no obstante, a contrario sensu como quedó demostrado este apoderado realizó las actuaciones necesarias para lograr la notificación a las demandadas..."(PDF 10 Cdo. 02SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la accionada Instituto de Ultratecnología Médica SAS, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se observa que no fue motivo de reparo alguna la decisión de instancia en lo atinente a declarar la existencia del contrato de trabajo de la actora con cada una de las sociedades convocadas a juicio, así: 1°) Con el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA SAS, entre el 1° de noviembre –aspecto apelado- y el 30 de marzo de 2012, aplicando el fenómeno prescriptivo salvo en

lo relacionado con los aportes para el riesgo de pensión, por los que elevó condena y; 2°) Con DIAGNOSTICOS E IMAGENES S.A., del 1° de abril de 2012 al 19 de marzo de 2014; por consiguiente, la controversia en esta instancia se centra en determinar si: (i) el extremo inicial del contrato declarado con el *Instituto de Ultratecnología Médica SAS*, fue el determinado por la juzgadora de origen -1° de noviembre de 2011 o como lo sostiene la recurrente, dicho nexo inició el 1° de diciembre de esa anualidad y; (ii) operó el fenómeno prescriptivo de los derechos laborales causados dentro del vínculo declarado con *Diagnósticos e Imágenes S.A.*, como lo definió la juez, o por el contrario, como lo sostiene el apelante no se advierte la ocurrencia de dicha institución jurídica, dando lugar a la reliquidación reclamada, teniendo como factor salarial la suma reconocida por auxilio extralegal de alimentación -\$465.000, y la indemnización moratoria.

Inicialmente, se aclara frente a la manifestación del apoderado de la demandante en las alegaciones de segunda instancia, al reclamar condena respecto al *Instituto* accionado, que no es factible tener en cuenta sus pedimentos, como quiera que tales aspectos no se plantearon al sustentarse el recurso, observemos que el mismo hace alusión únicamente a la demandada *Diagnósticos e Imágenes S.A.*, recordándose en este punto, que el trámite de la segunda instancia, al presentarse alegatos de conclusión no es para argumentar aspectos nuevos o diferentes a los inicialmente señalados, como lo hace el apoderado de la parte actora, al aludir a aspectos sobre los que no presentó reparo específico al interponer el recurso; ya que el propósito o finalidad de dicha fase procesal, es reafirmar o profundizar los argumentos respecto de las iniciales desavenencias formuladas al interponerse el recurso de apelación.

Precisado lo anterior, se procede a resolver lo pertinente en cuanto a los aspectos objeto de inconformidad.

Sobre el primer cuestionamiento, esto es, que el contrato con el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA SAS, inició el 1° de diciembre de 2011, dado que, en

sentir de la recurrente, la actora no acreditó la prestación del servicio desde el 1° de noviembre, fecha definida por la juez como hito inicial del mencionado vínculo.

Para arribar a dicha conclusión, razonó la operadora judicial de primer grado, lo siguiente: “...luego se sigue de lo expuesto que la demandante no mantuvo un único contrato de trabajo con DIAGNOSTICOS sino dos relaciones laborales con distintas personas jurídicas: la primera con el INSTITUTO entre el 1° de noviembre de 2011 y el 30 de marzo de 2012, regida por un contrato de trabajo a término indefinido conforme se desprende de la liquidación del contrato de trabajo que reposa a folio 24 de la carpeta 6 y **del contrato laboral de folio 20, en el cual está clara la fecha de inicio del vínculo laboral...**”.

Desde la contestación de la demanda, el Instituto accionado, ha sostenido que el contrató de la demandante, inició el 1° de diciembre de 2011 (fls. 2 a 14 PDF 51); y en la LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO practicada por dicha sociedad -que no se encuentra firmada-, se señala como período de liquidación el causado entre el **1 de diciembre de 2011** y el 30 de marzo de 2012, esto es por 120 días como tiempo total laborado, como allí se relaciona, en el cargo ATENCIÓN AL USUARIO (fl. 25 PDF 51).

Al proceso, se acompañó con el escrito demandatorio; (i) contrato de trabajo celebrado por el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MEDICA S.A. y la aquí demandante, en el que se indica como “...FEHA DE INICIACIÓN DE LABORES: 01 DE NOVIEMBRE DE 2011...”, para desempeñar el cargo de “...PROFESIONAL DE APOYO DE SERVICIO...” (fls. 1 a 3 pdf 04); (ii) así como certificación expedida por la Dirección de Talento Humano del INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MEDICAL S.A. -Sonia Agudelo Velásquez-, en el que se hace constar la vinculación de la demandante “...a través de un contrato laboral a término indefinido, desde el **01 de Noviembre de 2011** hasta el día 30 de Marzo de 2012, ocupando el cargo de PROFESIONAL DE APOYO DE SERVICIO AL CLIENTE...”; expedida el 17 de diciembre de 2012 (resalta la Sala, fls. 57 PDF 04).

Bajo ese contexto, y ante los reparos de la apelante, debe advertirse que, aunque la pasiva en la contestación de la demanda indica que “...la señora SONIA AGUDELO VELÁSQUEZ no fue ni ha sido trabajadora de la empresa INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGIA MÉDICA S.A.S., por tal razón desconocemos el documento aportado por la actora consistente en contrato de trabajo y certificación de tiempos laborados por mi representada...”

(fls. 10 y 11 PDF 51), para lo cual acompañó escrito de fecha 3 de febrero de 2020, mediante el cual la Revisora Fiscal de dicha sociedad –María Gladys Vargas Franco- certifica que la aludida señora Sonia Agudelo Velásquez, quien aparece suscribiendo la certificación laboral mencionada “...no ha tenido ningún vínculo laboral ni contractual con la empresa Instituto de Ultratecnología Médica SAS con Nit. 900.193.162-7...” (fl. 15 PDF 51); obsérvese que la vocera judicial del Instituto guardó silencio frente al decreto de pruebas, oportunidad en la que se tuvieron dichos documentos como tales –pruebas- a favor de la parte actora; por lo que al no haberse dado el trámite previsto en el artículo 272 del CGP, no es factible tener en cuenta dicho desconocimiento; aunado a que, se reitera, al decretarse como prueba, sin que la ahora recurrente hubiere hecho uso de los mecanismos e instrumentos legales respectivos para controvertir la decisión de tener como medios probatorios la aludida documental, ésta –la decisión- se encuentra en firme y surte plenos efectos legales.

Ahora, también sostiene la apelante que no se trata de la misma entidad con quien se celebró el contrato, dado que la convocada a juicio en una S.A.S. – Sociedad por Acciones Simplificada- y en las documentales referidas se hace alusión a una S.A. –Sociedad Anónima-, circunstancia que en su sentir impedía haber formulado tacha de falsedad-; sin embargo, tal argumento no es de recibo ni se compagina con la realidad probatoria acreditada en el proceso.

Se dice lo anterior, habida consideración que revisado el certificado de Cámara de Comercio allegado al expediente como anexo de la demanda, se advierte que el INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA SAS, se constituyó mediante Escritura Pública No. 6464 de 14 de diciembre de 2007, de la Notaría 36 de Bogotá D.C., como una sociedad anónima - INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A., transformándose luego, a través de Escritura Pública No. 3952 de 27 de diciembre de 2011, inscrita el 2 de enero de 2012, en Sociedad por Acciones Simplificada –S,A,S,- bajo el nombre de INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S (fls. 35 a 39 PDF 04); significando ello, que se trata de la misma persona jurídica; por lo que la tesis de dicha demandada, cuando sostiene “...Entonces pues

al no tener la certeza de la supuesta persona jurídica que emite el certificado. pues no coincide exactamente con la llamada a este juicio, pues esa es la razón específica por la que no se presentó esa tachadura...”, no es jurídicamente válida; toda vez que conforme el inciso final del artículo 272 del CGP, prevé “...El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte con la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tachadura y probarse por quien la alega...”.

Por consiguiente, en ese orden de ideas, el contrato de trabajo aportado y en el que basó su decisión la juzgadora de primer grado, tiene pleno valor probatorio, dado que no fue tachado por la parte accionada, en los términos de los artículos 269 del CGP, aplicable en materia laboral, por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, teniéndose como un documento auténtico a voces del artículo 244 de la primera normatividad referida; y por ende surte efectos legales y suficientes para acreditar el extremo inicial de la Litis que discute la recurrente; esto es el 1° de noviembre de 2011, calenda a la que se alude en la demanda; en virtud de lo cual se confirmará la decisión de instancia en este sentido; quedando así resuelto el recurso de apelación de la apoderada del Instituto, dado que fue el único punto controvertido por ésta; lo que de contera lleva la confirmación de la condena por aportes a pensión, en los términos dispuestos por la juzgadora de origen.

Respecto al recurso de la parte actora, repara ésta que no hubiere dispuesto la reliquidación de las acreencias, teniendo en cuenta el valor del auxilio extralegal de alimentación, que en su sentir se le reconocía a la trabajadora.

En lo que respecto a dicha accionada, en el libelo demandatorio, se indica que el salario percibió ascendía a la suma de \$1.133.400, y adicionalmente recibía una bonificación mensual de \$465.000 “...constituye factor salarial...”, por tanto, el monto total de su retribución era de \$1.598.900 (hechos 16 a 18, fls. 2 y 3 PDF 03 y 18 a 20, fl. 5 PDF 07); supuestos fácticos que se negaron desde la contestación de la demanda que hiciera DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A., al sostener que no cancelaba bonificación a la trabajadora y el salario ascendía a \$1.232.000 (fl. 3 PDF 52).

En el expediente obran los siguientes documentos: (i) certificación de la Directora de Talento Humano de la accionada, en la que hace constar que la demandante “...Tiene una Asignación Básica Mensual de Un Millón Ciento Treinta y Tres Mil Cuatrocientos Pesos M/cte. (\$1,133,400). Adicionalmente recibe un Auxilio Extralegal de Transporte y Manutención mensual de Cuatrocientos Sesenta y Cinco Mil Quinientos Pesos M/cte. (\$465,500)...”, la cual fue expedida el 17 de diciembre de 2012 (fl. 5 PDF 04) y; (ii) Liquidación de contrato de trabajo a término indefinido, en la que indica como periodo de liquidación del 1° de abril de 2012 al 19 de marzo de 2014, con un sueldo básico de \$1.232.000, auxilio de transporte \$72.000, para salario total base de liquidación de \$1.304.000 (fl. 25 PDF 04).

De los medios de prueba referenciados, analizados uno a uno y en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS), no es factible considerar, como lo pretende el apelante, que el salario de la demandante ascendía a la suma por éste señala, téngase en cuenta que aunque obre certificación en la que se alude el reconocimiento del auxilio extralegal que ahora reclama la parte actora como constitutivo de salario, no existe medio de convicción alguno que lleve a determinar que efectivamente para la fecha de la finalización del contrato de trabajo con esa sociedad -19 de marzo de 2014-, dicho emolumento le era reconocido; téngase en cuenta que la certificación data del mes de diciembre del año 2012, vale decir año y tres meses antes de la ruptura del vínculo, sin que, se repite, haya manera de determinar que en adelante a esa calenda y hasta la terminación del contrato también le era reconocido el mencionado auxilio, nótese que ni siquiera en la liquidación definitiva de prestaciones sociales practicada, se alude a éste.

Así las cosas, aunque desde el inicio del vínculo y hasta la fecha de la certificación -17 de diciembre de 2012-, eventualmente se le hubiere reconocido el *Auxilio Extralegal de Transporte y Manutención mensual*, como se colige de la aludida certificación; ello no lleva a considerar, como al parecer lo hace el recurrente, que se extendió su pago hasta el finiquito del contrato y por tanto debe incluirse en la base de liquidación de sus acreencias; pues a manera de resultar insistentes, no es lo acreditado en el proceso, ya que no se prueba –carga que competía a la

demandante, conforme lo señalado en los artículos 167 del CGP y 1757 del CC-, tal reconocimiento durante todo el tiempo de vigencia del contrato, para entrar a analizar si constituía o no factor salarial en los términos del artículo 127 del CST; adviértase que, no existe confesión de la demanda al respecto, ni otro elemento probatorio que lleve certeza y demuestre tal situación; por tanto, no hay lugar a la reliquidación reclamada, tal como lo concluyó la juzgadora de primer grado, en virtud de lo cual se confirmará la decisión al respecto.

También controvierte el extremo accionante, que se hubiere declarado la prescripción de los derechos causados frente al contrato celebrado con la demandada DIAGNOSTICOS E IMÁGENES S.A. Sobre dicha figura jurídica, se debe precisar, que al declararse que el contrato de trabajo terminó el 19 de marzo de 2014, es a partir de esta fecha que se contabiliza el término prescriptivo, teniendo en cuenta que la génesis de las pretensiones reclamadas es la terminación del vínculo laboral; por lo que la accionante contaba con un término de tres años a partir de la misma para hacer su reclamación e incoar la acción, conforme lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS; el cual iba hasta el mismo día y mes del año 2017 -19 de marzo-; pudiendo interrumpirse dicho lapso por una sola vez, con el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador acerca de un derecho debidamente determinado; contándose de nuevo dicho lapso a partir de reclamo y por un período igual al señalado inicialmente, según lo establecido en los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS.

Es decir, que la interrupción de la prescripción, ocurre de dos formas: (i) extraprocesalmente mediante la presentación por una sola vez de reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados y (ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 94 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS.

En el presente caso, se allegó comunicación, sin fecha, mediante la cual el accionante presenta ante la demandada, “...INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ART.

151 DEL C.P.T....”, en la que pretende, luego de hacer un recuento de los hechos, que se paguen “...salarios, diferencias salariales, las primas, vacaciones, cesantías intereses de cesantías, cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones del período comprendido entre 01 de abril de 2012 hasta el día 19 de marzo del año 2014, así como la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo...” (fls. 28 y 29 PDF 04), misiva que fue enviada a través de la empresa de correo INTER RAPIDISIMO, según sello de COPIA COTEJADA CON ORIGINAL, de fecha “...06-03-17 12:00 pm....” (fls. 28 ídem); sin que se hubiere acompañado, como bien lo observó la juez, la guía de envío y la constancia de entrega de la misma a su destinatario, para determinar la fecha de recibido por parte de la sociedad accionada, para efectos de contabilizar el término prescriptivo; y es que no es factible entrar a considerar, como lo hace el recurrente, “..que se entiende enviada o interrumpida la prescripción **desde el momento del envío de dicho documento** que es el que obra en el expediente como prueba...”; ya que el conteo del lapso prescriptivo se da a partir del “...**recibido por el empleador**...” de la correspondiente reclamación, como lo prevé la normatividad referenciada; por tanto no es factible tener por interrumpido el término prescriptivo desde la data de envío del mismo.

No obstante, en la contestación de DIAGNOSTICOS E IMÁGENES S.A., se admite como cierto el hecho 27 de la demanda, en el cual se indica que la misma dio respuesta al escrito de interrupción de la prescripción, el **21 de marzo del año 2017** (fl. 3 PDF 52); por tanto, es esta la calenda que se debe tomar para efecto de contabilizar el término prescriptivo, dado que como se indicó en líneas anteriores, no se probó por la parte accionante la fecha que la accionada recibió tal reclamación, entendiéndose que para la data de contestación de la misma, tuvo conocimiento de lo pretendido por la ex trabajadora.

Entonces, como el contrato finalizó el **19 de marzo de 2014**, y la reclamación se presentó el 21 siguiente, se entiende que la misma no tuvo la virtualidad de interrumpir el término prescriptivo, pues se elevó superado el lapso de los tres años, tal como lo concluyó la juzgadora de primer grado.

Ahora, tampoco es factible entrar a considerar que con la presentación de la demanda se interrumpió el término de prescripción, toda vez que la acción se incoó el **25 de septiembre de 2017** como da cuenta el acta individual de reparto (PDF 05); significando ello que, al igual que la reclamación, ésta también se formuló o presentó superado el término de los tres años con los que contaba la trabajadora para elevar y presentar la acción correspondiente; por consiguiente, se confirmará la decisión de primer grado, al declarar prescritos los derechos reclamados frente a la sociedad DIAGNOSTICOS E IMÁGENES S.A, que incluye la indemnización del artículo 65 del CST, que reclama el apelante; haciendo nugatorio el estudio, del otro aspecto acotado por el recurrente frente al artículo 94 del CGP, ya que ante lo decidido, es inane determinar si existió o no “...negligencia por la parte demandante en no querer realizar la notificación en el año establecido por la norma...”.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en el recurso.

Sin condena en costas en esta instancia, habida consideración de la no prosperidad de la apelación para ambos recurrentes.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **ADRIANA DEL ROSARIO PÁEZ NARVÁEZ** contra **INSTITUTO DE ULTRATECNOLOGÍA MÉDICA S.A.S. y DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES S.A.**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

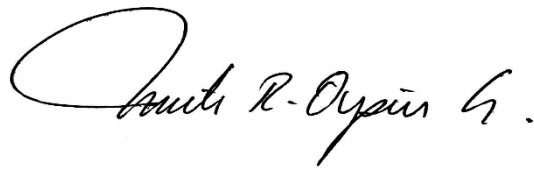
SEGUNDO SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-038-2020-00463-01
Demandante: **CARLOS IGNACIO PALACIO**
Demandado: **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**

En Bogotá D.C. a los **30 DIAS DEL MES DE ENERO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en la Ley 2213 de 2022 que erigió como legislación permanente el Decreto 806 de 2020, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes demandante y la accionada contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

CARLOS IGNACIO PALACIO demandó a **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare que el contrato de trabajo existente entre las partes se dio por terminado en forma unilateral, sin justa causa y sin haber agotado el procedimiento legal y reglamentario, durante el acaecimiento de un conflicto colectivo de trabajo, por lo que el mismo no produce efecto alguno; en consecuencia, se condene de manera principal al reintegro al mismo o mejor cargo, en iguales o mejores condiciones que tenía, con el reconocimiento y pago de la totalidad de salarios, prestaciones sociales legales y

extralegales dejadas de devengar desde el momento de la desvinculación hasta que se haga efectiva su reinstalación y demás conceptos, así como el pago de los aportes a seguridad social, declarando que no hubo solución de continuidad; subsidiariamente reclama la indemnización por despido en los términos que por ley corresponda; y como peticiones comunes la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el accionante prestó servicios personales a la accionada mediante contrato de trabajo a término indefinido, entre el 13 de junio de 2011 al 16 de agosto de 2020, en el cargo de escolta, con un salario básico mensual de \$1.309.680; que mediante comunicación suscrita por Julián Rodrigo Millán Enciso, el empleador dio por terminado el vínculo laboral aduciendo justa causa; el despido se produjo como sanción que pone fin a un proceso disciplinario, el cual siguió las siguientes etapas: mediante comunicación escrita, el empleador pide informe (explicaciones a la parte actora por hechos ocurridos el 2 de julio de 2020, presentó explicaciones dentro de la oportunidad legal, la demandada abrió proceso disciplinario en su contra, citándolo a descargos para el 12 de agosto de 2020, con carta de 11 de agosto de 2020 solicita acompañamiento de integrantes de la organización sindical, la cual en la misma fecha fue resuelta indicándole que “...la carga de garantizar el acompañamiento está en su cabeza y no en la de la empresa...”; el día de la diligencia “...considerando que no se le garantizó el acompañamiento de conformidad con el artículo 115 del CST, manifestó que no existía garantías y que por lo tanto no iba a responder preguntas...”; el 15 de abril de 2020 se le informó la decisión unilateral de despido.

Sostiene que, durante el proceso disciplinario, no se le respetó el debido proceso, en el reglamento interno de trabajo se encuentra regulado el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias, que “...para definir el despido de la parte demandante no se cumplió con lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo por cuanto:

11.1. No se respetaron los tiempos señalados para las etapas del procedimiento. **11.2.** No se permitió el acompañamiento de dos representantes del sindicato en la diligencia de descargos. **11.3.** No se decretaron y practicaron las pruebas pedidas por la parte demandante en su defensa. **11.4.** El mismo funcionario que investiga es quien sanciona (juez y parte). **11.5.** La sanción impuesta no es

proporcional a la supuesta falta cometida. 11.6. No quedó probada la conducta imputada, no obstante, ello se sancionó de la forma más gravosa. 11. 7. No se le dio oportunidad de interponer los recursos procedentes...”.

Dice que en el artículo 66 del RIT se encuentra dispuesta la terminación del contrato de trabajo con justa causa como una sanción disciplinaria, que la reglamentación del proceso disciplinaria al interior de la demandada no establece que sea el trabajador quien deba asegurar la presencia de los representantes sindicales a la diligencia de descargos, ya que no tiene competencia o facultades para garantizar el desplazamiento y liberar a los representantes sindicales de sus funciones y así poder asistir a la diligencia de descargos; no existió la justa causa de despido; para el momento del despido el accionante era afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de Brinks de Colombia S.A. “Sintrabrinks”; que la accionada se ha visto inmersa en situación de vulneración al derecho de asociación sindical por incitar a trabajadores a desvincularse del sindicato y persecución sindical entre otras conductas violatorias de este derecho; la accionada ha implementado un plan sistemático de despidos en todo el país del personal afiliado al sindicato de empresa que allí opera, retirando del servicio a trabajadores sindicalizados por faltas menores en algunos casos e inexistentes en otros; la Corte Constitucional ha llamado la atención de la demandada para que se abstenga de ejecutar ese tipo de conductas (T-340 de 2012); la condición de afiliado a la citada organización tuvo incidencia en la decisión de despido de la parte demandante, pues durante todo el tiempo que duró la vinculación el actor nunca tuvo queja o llamado de atención (fls.4 a 15 PDF 01)

La demanda fue repartida al **Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (fl. 249 PDF 01), autoridad que, con proveído de 15 de enero de 2021, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 02).

La accionada **BRINKS DE COLOMBIA S.A.** dentro del término legal y por conducto de apoderada judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, considerando que “...el demandante incurrió en un incumplimiento gravísimo

incumplimiento al momento de prestar la seguridad perimetral al compañero jefe de tripulación quien realizaba el servicio de aprovisionamiento de cajero automático NF PARQUE SANTANDER –ITAU CORPBANCA –CAJERO AUTOMÁTICO. Al desplegar sin razón alguna, una conducta contraria al manejo y porte de armas de fuego denominada “rendir el arma” consistente en descargar el arma de dotación a un lado de las instalaciones del punto y se dispone a realizar actividades completamente diferentes a las que tenía que desplegar como Escolta, es decir, estar alerta, prestar seguridad a la integridad física de su tripulación y específicamente la del Jefe de Tripulación y prestar seguridad a los valores que son responsabilidad de la empresa, en cambio, ejecuta actividades que consistieron en ajustar las prendas de vestir en pleno desarrollo de operaciones en donde se requiere toda su atención, alerta y el debido manejo de las armas de fuego. Motivo por el cual se adelantó proceso disciplinario en contra del demandante y se determinó la responsabilidad del mismo en el incumplimiento, existiendo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, todo en el marco de lo estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo, las disposiciones constitucionales y laborales...”; que la terminación con justa causa del vínculo laboral es legal y ajustada a derecho, conforme a los postulados que regulan la materia; que el nexo feneció por causas imputables al mismo demandante “...incluso dado el actuar negligente y omisivo del demandante para dar cumplimiento a los procedimientos de seguridad establecidos por la compañía relacionados con los procesos de valores, que son críticos para la compañía, dado el objeto social de mi representada...”

Respecto a los hechos, sostuvo que la terminación unilateral del contrato con justa causa no se dio como sanción que pone fin a un proceso disciplinario, sino se da como medio jurídico para extinguir el vínculo contractual por un incumplimiento de este por parte del aquí demandante. “...De igual manera, la terminación del contrato de trabajo con justa causa no está considerado dentro del reglamento interno de trabajo como una sanción de acuerdo al artículo 71 mismo que **señala la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la Empresa no se considera como sanción disciplinaria sino como medio jurídico para extinguir aquel**, por lo que la terminación el contrato es la consecuencia del gravísimo e injustificado incumplimiento del demandante como se puede constatar en la prueba documental denominada Reglamento Interno de Trabajo...”

Manifestó que “...**teniendo en cuenta la confesión del demandante acerca de la ocurrencia de los hechos**, mi representada actuando de acuerdo al procedimiento disciplinario interno, garantizando el debido proceso y respetando el derecho de defensa y contradicción, citó a través de oficio de manera formal al ex trabajador para que rindiera diligencia de descargos por los hechos motivo de la investigación disciplinaria. en dicha misiva se anuncia además de los cargos y las pruebas del proceso, la posibilidad para que el ex trabajador pudiese estar acompañado hasta por dos

representantes de la organización sindical a la cual se encuentra afiliado...”; que mediante comunicaciones escritas le informó en varias ocasiones todo lo concerniente al acompañamiento a la diligencia de descargos, sin que el trabajador o la organización sindical hubiere gestionado o realizado los actos tendientes para el acompañamiento “...es decir que el ex trabajador se limitó a presentar peticiones indicando nombres y cédulas las cuales fueron contestadas oportuna, clara y suficientemente, sin que se recibieran peticiones para adecuar jornadas, no ser programados o cualquier otra tendiente al acompañamiento, que repito se dio por culpa exclusiva del demandante. Nótese como para este día la Organización Sindical en las Juntas Directiva Nacional y Bogotá, sí pudo tramitar permisos para los señores Solarte, Duarte, Romero y Vega pero no lo hizo así para los señores Iván Silva y Ronis Atencia, incluso el demandante pudo haber indicado a la empresa que cualquiera de los cuatro (4) directivos en permiso sindical para ese día le asistieran en la diligencia de descargos, situación que tampoco ocurrió y con la que se presenta una culpa exclusiva del demandante para no tener acompañamiento sindical en los descargos...”.

Precisó que “...Frente a que los trámites concernientes al acompañamiento de los representantes de la organización sindical recaen en el trabajador, se da por cuenta que nuestros servicios de transporte, custodia y recolección de valores, se realizan en rutas de camiones blindados integradas por una tripulación de conductor, escolta y jefe de tripulación, con unas programaciones definidas con base en las necesidades del servicio por las solicitudes que realizan nuestros clientes en virtud de los contratos comerciales suscritos con estos, es decir, que se tiene un número determinado de rutas y trabajadores asignados en función de las necesidades del servicio, por lo que no se puede desarmar rutas o sacar tripulantes de las mismas, para que asistan a diligencias de descargos como acompañantes sindicales 30 pues ellos significaría parar las actividades de la empresa afectándole comercialmente, por ello es necesario que el representante sindical que tiene el interés para acompañar a otro en diligencia de descargos, haga directamente las gestiones y trámites para tal fin, pudiendo por ejemplo hacer uso de los más de 1.000 permisos sindicales anuales con los que cuenta la organización sindical o acogiéndose a la política de permisos de la empresa, siempre que las necesidades del servicio así lo permitan...”

En su defensa, formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Inepta demanda, el objeto social de mi representada, del gravísimo incumplimiento del demandante de sus obligaciones frente al objeto social de mi representada, de la confesión del gravísimo incumplimiento del demandante, del proceso disciplinario, del debido proceso, posibilidad de terminar con justa causa el vínculo laboral en el conflicto colectivo, de los permisos sindicales, inexistencia de persecución sindical, de la culpa exclusiva del demandante, del actuar

temerario y desleal de la organización sindical Sintrabrinks, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y lealtad, temeridad y mala fe, la genérica del artículo 286 del CGP (fls. 2 a 31, PDF 04).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 7 de febrero de 2022, resolvió:

*“(…) PRIMERO: **ABSOLVER** a la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A de todas y cada una de las pretensiones, tanto principales como subsidiariamente formuladas por el demandante CARLOS IGNACIO PALACIO, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: EXCEPCIONES** dadas las resultadas del juicio el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.*

***TERCERO: COSTAS** lo serán a cargo del demandante, en firme la presente providencia por Secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$300.000 (Trescientos mil pesos m/cte) en favor de la demandada.*

***CUARTO:** Si no fuera apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el Superior ...”.*

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) Si señor Juez, muchas Gracias. Me permito en este momento procesal, interponer y sustentar el recurso de apelación en contra la sentencia que se acaba de notificar en estrados, para que se revoque en su totalidad, por lo que paso a sustentar el recurso, exponiendo de manera concreta las razones de mi inconformidad con la decisión.

En relación con que la terminación del contrato no es una sanción disciplinaria, consideró que no es acertada la interpretación, dado que el mismo reglamento Interno de Trabajo en el artículo 66 dispone que efectivamente así lo es para las faltas que califican como gravísimas dice que la sanción es la terminación del contrato con justa causa; no obstante de ello si hubiera duda interpretativa por qué hay otras normas del Reglamento Interno de Trabajo que dicen otra cosa e incluso lo contrario pues debía aplicarse el principio de favorabilidad tal y como lo demanda el artículo 53 de nuestra carta política y aplicando ese no quedaría duda que la interpretación más favorable al trabajador es que efectivamente se aplique el procedimiento disciplinario que es más garantista y éste debió aplicarse de manera rigurosa y estricta y no de manera pues a medias como efectivamente se hizo, sin que ello tuviera ninguna consecuencia.

Considerando entonces, que efectivamente se debió aplicar el procedimiento por mandato del Reglamento Interno de Trabajo y ello no se hizo, entonces la terminación del contrato era ilegal.

En cuanto a la justa causa y en la calificación que el despacho hace de la justa causa, está apoderada pues tampoco se encuentra conforme, dado que falla en algunas cosas el despacho por ejemplo no se aplica el principio de proporcionabilidad (sic) un principio que es tangencial al debido proceso; no se advierte la gravedad ni se calcula la gravedad de la situación, quedando claro de la prueba testimonial tanto de Luis Alfonso Castillo como de Juan Ismael Pérez, que para el caso concreto aunque existió una omisión por las características de la situación no fue una maniobra tan insegura como lo era las que el cargo para la terminación del contrato de trabajo. Adicional a ello, pues no hay ningún análisis sobre la responsabilidad, no hay ningún análisis sobre el elemento subjetivo de la responsabilidad, con lo cual se desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual se dispone que la responsabilidad objetiva en materia disciplinaria está prohibida, esto básicamente lo dispone la sentencia C155 del 2002; por lo tanto al faltarle al juicio de responsabilidad de estos elementos, pues no puede afirmarse que efectivamente existió la justa causa.

Por las anteriores razones, solicitó al Tribunal de Bogotá Sala Laboral, revoque en su totalidad la sentencia que se acaba de notificar y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, con lo anterior dejó sustentado el recurso, sin perjuicio de ampliar los argumentos expuestos, en la oportunidad procesal correspondiente. Muchas gracias...”

El Juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01 Cdno. 02 SegundaInstancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 03 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 21 de octubre del año en curso (PDF 06 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término correspondiente para alegar en segunda instancia, los apoderados de las partes, presentaron alegaciones en los siguientes términos:

Parte demandante: Solicita se revoque la sentencia y en su lugar se concedan las pretensiones en los términos allí señalados, precisando:

“(…) II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA.

El fallador basa su decisión considerando que existió una negligencia en el actuar del demandante el 2 de julio de 2020 al no portar en todo momento su arma mientras el líder de tripulación ocupaba sus dos manos al realizar un procedimiento de aprovisionamiento en un cajero a puerta cerrada. Aclarando que el tiempo que duro el arma a un metro de distancia del demandante fue de alrededor de 5 minutos, tiempo que utilizo el trabajador para acomodar sus prendas de vestir. De lo anterior, concluye el juzgado que se configuraron dos justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, contempladas en los numerales 4 y 6 del literal a del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo

El fallador también consideró que no se vio vulnerado el derecho al debido proceso del demandante por los siguientes motivos

- i) Se le pidió un informe al trabajador respecto a su accionar el 2 de julio de 2020.*
- ii) Se realizó una citación a la diligencia de descargos en la que se le permitió el acompañamiento de otros trabajadores:*
- iii) Luego de la citación a la diligencia de descargos fue terminado su vínculo laboral*
- iv) El procedimiento al interior de la demandada solo es aplicable para las faltas disciplinarias y sus sanciones por lo que, el despido al no ser una sanción disciplinaria, no le era aplicable tal procedimiento.*

III. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD SOBRE LA GRAVEDAD DE LA CONDUCTA Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.

Es clara la existencia de la conducta endilgada a mi poderdante, pues por alrededor de 5 minutos dejo a menos de un metro de distancia su arma de dotación, mientras acomodaba su vestimenta en el marco de una operación de aprovisionamiento de un cajero automático a puerta cerrada.

No obstante, es evidente que el despido es la consecuencia más gravosa posible y que no se tuvieron en cuenta ni las explicaciones ofrecidas por el trabajador ni las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se enmarcó, así como tampoco se analizó la culpabilidad de mi poderdante.

No fue considerado en la sentencia recurrida que no existía durante la jornada laboral de mi poderdante, otro momento en el que pudiese acomodar su vestimenta, sin generar un riesgo mayor a las personas y bienes custodiados en el desarrollo de sus labores. Pues nunca fue controvertido que al interior del vehículo blindado le era imposible realizar tal arreglo en su vestimenta y que, por obvias razones, no podría realizarlo mientras escoltaba al jefe de tripulación, pues de hacerlo se crearía un escenario de mayor riesgo para aquel.

Por lo anterior, el único momento en el cual el trabajador pudo realizar el acomodo de sus prendas que el decoro y la profesionalidad de su cargo le exigen fue al momento de aprovisionamiento del cajero automático. Máxime cuando el cajero consta de un vidrio que impide la visibilidad desde afuera hacia adentro de este, hecho que pese a ser conocido por el fallador en el interrogatorio de la parte demandante, no fue referenciado en la sentencia.

Ahora bien, los hechos señalados no fueron considerados en el fallo impugnado para la determinación de la culpabilidad como elemento inescindiblemente ligado a toda actividad que pretenda realizar un juicio de reproche de una conducta, que, al no ser valorado, deviene en la responsabilidad objetiva, que vale la pena resaltar, es ajena a todo ordenamiento jurídico que pretenda la realización de la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores.

Esto se puede evidenciar en la sentencia, ya que se compara al accionar de mi poderdante con el de un celador que se queda dormido en su puesto de trabajo. Evidenciando el yerro en el análisis al comparar dos conductas diametralmente opuestas,

pues en una un trabajador se encuentra en un estado de indefensión absoluto, mientras que en la otra el trabajador siempre tiene de vista su función en el marco de sus labores, solo procede a acomodar su ropa, sin poner en riesgo real la custodia de los dineros.

Por lo tanto, se puede concluir que, pese a que existió una desviación en los protocolos de seguridad, esta se dio en el espacio en que se generó el menor riesgo posible, en un cajero a puerta cerrada mediada por un vidrio que impedía la visibilidad del interior. Por lo que, no se configura la gravedad señalada en el artículo 62 literal a numeral 6 del Código sustantivo del Trabajo; y tampoco configurándose el supuesto de hecho de una negligencia grave del mismo artículo y literal en su numeral 4.

SOBRE EL DESPIDO COMO SANCIÓN DISCIPLINARIA EN EL RIT DE LA DEMANDADA

En este caso es necesario identificar si el despido es tratado como una sanción disciplinaria en el marco del Reglamento Interno del Trabajo de la demandada.

Se puede evidenciar que los artículos 66 y 71 llevan a dos interpretaciones contradictorias pues mientras que el primero menciona que las faltas gravísimas pueden dar lugar a “la terminación con justa causa del contrato de trabajo”, el segundo establece que la terminación unilateral del contrato no es una sanción disciplinaria.

Para resolver la antinomia señalada, se debe acudir al artículo 23 (sic) del Código Sustantivo del trabajo el cual establece que “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes, prevalece la más favorable al trabajador”, razón por la cual, al estar en presencia de una duda seria y objetiva respecto al particular, se ha de entender que el despido con justa causa es una sanción disciplinaria, pues esta interpretación es más favorable a los derechos de mi representado.

Una vez establecido que en el Reglamento Interno de la demandada se establece al despido como una sanción en el marco de un proceso disciplinario, corresponde establecer cuál era dicho procedimiento y los motivos por los cuales se vio vulnerado el derecho al debido proceso de mi poderdante.

El artículo 75 del referenciado RIT establece:

“1. La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se le imputan las conductas tendrá un término de veinte días calendario desde el conocimiento del hecho.

(...)

5. Imposición de una sanción proporcional a los hechos. Si la decisión del empleador es imponer una sanción por la violación de un precepto legal o normativo, ésta deberá ser ajustada a la falta, de conformidad con la gravedad y la reincidencia y en concordancia con las normas pertinentes.

(...)

6. Recursos a la decisión disciplinaria

Contra la decisión de la sanción proceden los recursos de reposición y en subsidio de apelación, que deberá ser interpuesto y sustentado en el término máximo de tres (3) días hábiles contados a partir del día siguiente notificación.” (resaltada propio del texto)

Por lo anterior, dado que los hechos ocurrieron el 2 de julio de 2020 y la comunicación formal de apertura del proceso disciplinario fue el 6 de agosto de 2020, se superó el término de 20 días calendario. A su vez, el despido no es una medida proporcional a la conducta señalada, como ya fue expuesto. Por último, tampoco se le otorgaron las garantías procesales a mi poderdante para interponer los recursos procedentes.

Así, se puede concluir sin atisbo de duda que le fue violado el derecho al debido proceso a mi poderdante.

SOBRE LA BUENA FE EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO

Aún si se considera que del reglamento interno de la demandada no se deriva que el despido es calificado como una sanción disciplinaria, ha de considerarse que el procedimiento que tuvo por objeto determinar la existencia de las conductas atribuidas a mi representado si se dio en el marco de un procedimiento disciplinario, en el cual pretendió la demandada agotar las etapas de éste, y actuando en contra de las expectativas generadas en mi poderdante, y cuando le fue beneficioso contravino dichas expectativas como en el presente proceso judicial al argüir que dicho procedimiento no se dio en desarrollo de un procedimiento disciplinario. Violando así el principio general del derecho según el cual “no es permitido que una persona vaya en contra de sus propios actos o los contradiga y se valga de ellos para alterar la confianza que los mismos generaron o irradiaron en el entorno, exhibiéndose una cristalina incoherencia en su proceder, es decir, que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”. (CSJ SL-4537-2019).

Para concluir lo antes expuesto se han de analizar los documentos 1) el documento del 6 de agosto de 2020 referenciado como “Apertura de proceso disciplinario y citación a descargos”. 2) El derecho de petición de mi poderdante dirigido a la demanda solicitando la asistencia en su diligencia de descargos la presencia de los señores Iván Darío Silva y Ronis José Atencia Ríos. 3) La respuesta de la demandada al derecho de petición antes señalado. 4) el acta de descargos del 12 de agosto de 2020.

En el primero se evidencia como se da apertura a un proceso disciplinario y se le asigna el radicado CBobota327-00. Además, en el mismo documento se señala que “En atención al procedimiento administrativo sancionatorio, al debido proceso y respetándole el derecho de defensa, lo estamos citando para el miércoles 12 de agosto de 2020 a las 9:30 am (...) para rendir diligencia de descargos”. Sumado a esto, en dicho documento también se resalta “la oportunidad que la ley le concede si es afiliado a una organización sindical, para presentarse (si así lo desea) a rendir los aludidos descargos acompañado hasta por dos representantes”. De lo anterior se extrae que se estaba en presencia de un proceso disciplinario.

En el mismo sentido en los dos siguientes documentos se evidencia como el trabajador pretendió el acompañamiento de dos miembros del sindicato SINTRABRINKS sin que les fuese permitida su asistencia a dicha diligencia.

Por lo que es dable considerar que el empleador inicio un procedimiento disciplinario el, cual concluyo con el despido de mi poderdante, pero no le permitió el ejercicio de los derechos, términos y recursos propios de estos procedimientos.

Respecto al principio de buena fe y a la teoría de los actos propios, de vieja data la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que “el respeto al acto propio, emana del postulado de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución Política, conforme el cual –en el marco de un juicio-las partes tienen la obligación de preservar un comportamiento consecuente, coherente y no contradictorio; lo que implica que si en un caso concreto, un sujeto fija una posición frente a un determinado punto, no es posible que de forma intempestiva y sin justificación alguna, lo modifique, en afrenta a su acto propio”(CSJ SL-17447-2014).

Estableciendo que los actos propios redundan “redundan en la confianza legítima del otro deben ser protegidos por las autoridades, claro está, en la medida que ellos no respalden la continuidad de un acto jurídico ilegal.” (SL6633-2017).

Donde, en los términos de la sentencia SL15966-2016, los requisitos para verificar se están en presencia de una violación a este principio se requiere: 1.) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. Como lo sería la citación a descargos con las garantías que se pretendieron hacer valer y la apertura explícita de un proceso disciplinario. Actos que jurídicamente son vinculantes al trabajador. 2.) El Ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea una situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. Como lo sería la imposibilidad de mi poderdante para ejercer los derechos típicos en el

marco de los procesos disciplinarios y la constante negativa de confirmar si se dio un despido luego de la apertura de un proceso disciplinario. 3.) La identidad de sujetos que vinculan ambas conductas. Aspecto que es evidente, ya que mi poderdante y la demandada han sido los sujetos principalmente vinculados en todos los actos señalados.

:

Por lo anterior que, el juzgado confunde un “amplio margen de discrecionalidad para garantizar el derecho de defensa” con una conducta del empleador que violó el principio de buena fe y de proporcionalidad que, si bien en la sentencia recurrida se afirma que “la empresa sigue los mismos lineamientos sin que se advierta irregularidad alguna” en el procedimiento de despido, no fue analizada dicha afirmación en el marco de las expectativas legítimas generadas en el trabajador por el accionar de mala fe de la demandada...” (PDF 04 Cdo. 02SegundaInstancia).

Parte accionada: El apoderado de la parte demandante presentó escrito, en el que solicita se confirme el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que la sociedad obró legal y conforme a la ley, debiendo ser absuelta de cualquier condena que se pretenda en su contra; para lo cual señaló lo siguiente:

“(…) 1. EL OBJETO SOCIAL DE MI REPRESENTADA

Frente al objeto

Así mismo, es de señalar que los procesos operativos relacionados directamente con el custodio y transporte de valores son de obligatorio y estricto cumplimiento, sobre los que no es dable ninguna permisión en su incumplimiento y omisión, dado que nuestro objeto social es justamente la protección de los valores y dineros de los clientes que debemos proteger, so pena de responder por la pérdida y riesgo al que se exponen los mismos; en ese sentido y para el caso que nos ocupa, el demandante en su rol de Escolta debió propender y asegurar por prestar seguridad a la tripulación y a los valores, para lo cual se le dotó de una escopeta, misma que fue rendida y puesta en el piso, mientras el señor PALACIO se acomodaba la ropa y por lo que dejó de estar en posición de alerta y de reacción ante cualquier situación de riesgo y/o ataque que hubiese podido materializarse en el momento en el que simultáneamente el demandante incumplía con sus obligaciones, el jefe de tripulación manipulaba valores a menos de un metro de distancia, mientras realizaba el servicio de aprovisionamiento del cajero del cliente ya mencionado.

Ahora bien, téngase en cuenta que su cargo reviste una gran importancia para el desarrollo normal de las operaciones de la compañía, pues la seguridad es indispensable para que las personas y los valores puestos bajo la custodia y cuidado de BRINKS DE COLOMBIA S.A. se conserven de manera adecuada propendiendo en todo momento por la vida y salud de la tripulación.

2. DEL GRAVISIMO INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE DE SUS OBLIGACIONES, FRENTE AL OBJETO SOCIAL DE MI REPRESENTADA.

El demandante incurrió en un incumplimiento gravísimo de sus obligaciones al poner en riesgo los valores y la relación con los clientes, con su gravísimo e injustificado incumplimiento no preservó, ni cumplió el objeto social de la compañía, el cual se centra en el transporte, custodio y procesamiento de valores de sus clientes, por lo que los procedimientos internos de seguridad y cumplimientos son exhaustivos, rígidos y de estricto cumplimiento para los trabajadores de la empresa.

Por lo anterior y conforme a lo que en reiteradas ocasiones se ha sostenido, los valores que se encontraban en custodia del Jefe de Tripulación corrieron un riesgo inminente, pues prácticamente este último trabajador tuvo que realizar su labor de aprovisionamiento sin ningún tipo de seguridad, y además confiando en que el escolta estaba cumpliendo sus funciones y guardando la seguridad necesaria para el cumplimiento de la labor

encomendada. Sin duda alguna, la vida de los tripulantes y los valores custodiados quedaron expuestos a ataques de los delincuentes al estar el escolta sin el arma de dotación debidamente portada, dado que la rindió y colocó en el piso por preferir acomodarse la ropa durante el servicio de aprovisionamiento del cajero.

Así mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 59, del reglamento interno de trabajo que dispone en sus prohibiciones en el numeral 14. referido a la seguridad de los valores, se establece: "Ejecutar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad, su integridad, los valores y la vida de sus compañeros de trabajo, la de sus superiores o la de terceras personas, que amenacen y perjudiquen las áreas, dependencias, elementos, sedes, talleres o en general activos de la Empresa." (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Igualmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 numeral 26 del Reglamento Interno de Trabajo, se encuentra explícitamente la falta gravísima, que dispone que; "26. Incumplir con cualquier otra obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo y que se encuentre dispuesta como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo".

Expuesto lo anterior el demandante incurrió en falta gravísima, que dio lugar a dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa por parte de mi representada, en razón a su objeto social y los riesgos a los que se expuso y expuso a mi representada el demandante, mismos que fueron reconocidos desde la respuesta a la solicitud de explicaciones.

3. DE LA CONFESIÓN DEL GRAVISIMO INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE

Basta con examinar el expediente disciplinario para evidenciar que tal y como consta en la documental aportada, hay suficiente material probatorio que demuestra que hay confesión del mismo demandante aduciendo que acepta y reconoce las acciones que conllevaron a su incumplimiento como quedo plasmado en la documental aportada denominada "respuesta a la solicitud de explicaciones, la cual fue dada por el demandante, en la cual reconoció preferir rendir el arma para acomodarse la ropa.

Respecto a las pruebas de esto, se tuvieron dentro del proceso disciplinario y fueron objeto de pronunciamiento en la diligencia de descargos, momento procesal en que el demandante pudo no solo objetar los cargos imputados y las pruebas trasladadas, sino que también pudo presentar pruebas en su defensa, pero el aquí demandante no aportó ninguna prueba, por el contrario informó que efectivamente cometió el incumplimiento y aceptó que hubo un error al dejar el arma en el suelo unos minutos, todo esto quedó plasmado en las repuestas a la diligencia de descargos, tal y como consta en la pregunta número 30 y su respuesta así: 30. PREGUNTADO: Manifestó usted que había dejado su arma de dotación en un rincón mientras se acomodaba la riata y el chaleco, dentro del video se observa que pese al haber terminado de arreglar su uniforme no toma el arma y la posición de seguridad, porque? CONTESTADO: Porque estaba bajo llave, la deje unos minuticos más para relajar mis manos, no le veo algún inconveniente el error fue dejarla unos minutos más, pero yo estoy pendiente, estoy mirando por la puerta de vidrio.

De lo anteriormente expuesto, es claro que el demandante reconoció la comisión del hecho, y lo que fue más preocupante es que reconoce que existe la comisión de un error gravísimo de su parte, pero pretende restarle la gravedad que el mismo reviste.

4. DEL DEBIDO PROCESO

El artículo 29 de la Carta Política dispone que el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir, que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública.

El debido proceso consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración a través de la expedición de

decisiones que no resulten arbitrarias o contrarias a los límites establecidos en la legislación.

De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los trabajadores tienen derecho a conocer las actuaciones del empleador, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar las decisiones y en general a gozar de todas las garantías establecidas.

Sobre el debido proceso administrativo las altas Cortes se han manifestado en reiteradas oportunidades y han precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio, lo que implica que cubra todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de las decisiones, a las peticiones que presenten sus trabajadores y a los procesos disciplinarios que adelante en contra de sus trabajadores con el fin de garantizar la defensa de estos. Conviene recordar lo que sobre el punto han precisado: "El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales" [Corte Constitucional. Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001.]

El derecho de defensa en materia laboral se traduce en la posibilidad que se otorgue al trabajador de conocer los hechos y cargos que se le imputan, pedir y controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar las decisiones, lo cual se ve ampliamente reflejado en el caso que nos ocupa pues el accionante frente al proceso fue requerido inicialmente para dar solicitud de explicaciones, posteriormente y mediante documento se le mencionaron las faltas en las que se encontraba involucrado y se le citó a descargos trasladándole todas las pruebas que se hicieron valer dentro del proceso disciplinario, igualmente se le facultó para estar acompañado por 2 representantes de la organización sindical, es así que en la diligencia de descargos tanto el accionante como sus representantes sindicales no controvertieron las pruebas, las tacharon de falsas o requirieron mayor material probatorio

Es de resaltar que el proceso disciplinario se adelantó conforme lo estipulado en la normatividad y jurisprudencia legal vigente que regula la materia en específico y que ha sido incluida como directriz en el reglamento interno de trabajo que establece los presupuestos con los que se cumplió a cabalidad, esto es: * Solicitud de explicaciones. > Imputación de cargos y citación a descargos. * Posibilidad de estar acompañado hasta por 2 representantes de la organización sindical. * Diligencia de descargos y posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción contra los cargos imputados y las pruebas trasladadas. * Periodo de pruebas. * Decisión motivada del proceso disciplinario adelantado y que como consecuencia del gravísimo incumplimiento del demandante se dio la justa causa de terminación del vínculo laboral.

Pongo en conocimiento del Despacho que durante la diligencia de descargos el aquí demandante señala en respuesta a pregunta 34, que la empresa respetó su derecho al debido proceso, defensa y contradicción. "34. PREGUNTADO. ¿Puede mencionar si durante la presente diligencia se respetaron sus derechos al debido proceso, derecho a la defensa y derecho de contradicción? CONTESTADO: Si, aunque no tuve acompañamiento de los compañeros que no pudieron venir, no los programaron no sé qué pasó..."

5.POSIBILIDAD DE TERMINAR CON JUSTA CAUSA EL VINCULO LABORAL EN EL CONFLICTO COLECTIVO

En principio, se debe recordar que estar afiliado a una organización sindical o existir conflicto con la misma, no genera limitaciones ni restricciones para dar por terminado los contratos de trabajo por justas causas.

Así mismo, recalco que el fuero circunstancial no protege ni da estabilidad laboral en el empleo a quienes se despida con justa causa, tal y como el caso del señor CARLOS

IGNACIO PALACIO, quien no puede pretender desconocer sus errores e incumplimientos gravísimos que motivaron y dieron fundamento a la terminación de su vínculo laboral con mi representada, para alegar la vulneración del fuero circunstancial, que en todo caso es gravísimo por la exposición al riesgo de la seguridad de la tripulación y los valores al descuidar por completo la seguridad durante un procedimiento, máxime cuando había sido capacitado y entrenado por parte de la compañía para ejecutar las labores.

No puede entonces pretender el demandante y su apoderado que incluso con el actuar irresponsable del señor PALACIO, se le mantenga activo al perder la confianza en él, dado el riesgo al que expuso a la tripulación y a los valores y pretende restarle importancia por estar dentro de un pequeño lugar supuestamente asegurado por una puerta de vidrio...” (PDF 05 Cdno. 02SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se observa que no fue motivo de reparo los siguientes supuestos fácticos: **1)** La situación referente a que las partes estuvieron atadas por contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 13 de junio de 2011 y el 16 de agosto de 2020, desempeñando el demandante como último cargo el de ESCOLTA, con un salario básico final de \$1.309.680; **2)** Que la desvinculación obedeció a decisión unilateral del empleador, alegando para ello una justa causa; como se desprende de la contestación de la demanda (fls. 2 a 31 PDF 04), y se corrobora con la carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 62 a 72 PDF 01 y 78 a 88 PDF 04), con la liquidación final (fls. 47 y 48 PDF 01), con la carta de 15 de agosto de 2020, autorizando la práctica del examen médico de retiro (fls. 73 PDF 01), entre otras documentales militantes en el expediente digital.

Igualmente, se demostró que se dio *apertura de proceso disciplinario y citación a descargos* del trabajador, mediante comunicación de 6 de agosto de 2020 (fls. 52 a 54 PDF 01 y 75 a 77 PDF 04), diligencia que se llevó a cabo el 12 de agosto de 2020, conforme ACTA DE DESCARGOS Radicado: CBogotá327-00 allegada

(fls.57 a 61 PDF 01 y 69 a 73 PDF 04). Igualmente se acredita que, el accionante estaba afiliado a la organización sindical “*Sintrabrinks*”, según comunicación de 25 de febrero de 2020, en la que el sindicato informa al representante legal de la accionada tal situación (fls. 247 y 248 PDF 01). y que dicho sindicato presentó pliego de peticiones a la sociedad demandada el 13 de julio de 2018, que se adelantó a la etapa de arreglo directo, luego se convocó a tribunal de arbitramento, según Resolución No. 4373 de 22 de octubre de 2019 del Ministerio de Trabajo, se profirió laudo arbitral el 21 de febrero de 2020, y la empresa y el sindicato presentaron recursos de anulación, admitidos con auto de 23 de julio de esa misma anualidad (fls. 162 a 246 PDF 01).

Por consiguiente, el debate en esta instancia se centra en determinar si: *(i)* Se dio o no la justa causa para la terminación del contrato de trabajo del actor y; *(ii)* Existió vulneración al debido proceso que genere la ineficacia o nulidad del despido que conlleve el reintegro del trabajador o al reconocimiento de la indemnización respectiva.

Sobre el primer cuestionamiento, esto es si se encuentra demostrada la justa causa invocada por la sociedad accionada para terminar el contrato de trabajo del demandante, debe decirse que conforme las reglas de la carga de la prueba –Artículo 167 del CGP y 1757 del CC., le corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador probar de manera suficiente, fehaciente y sin lugar a equívocos la ocurrencia de los hechos que motivaron su decisión y que éstos se constituyen en una justa causa para ello.

En ese orden de cosas, el hecho del despido, se acredita con la comunicación de 15 de agosto de 2020, mediante la cual la accionada, informa al trabajador su decisión de terminar el contrato de trabajo con justa causa, a partir de la fecha (fls. 62 a 72 PDF 01 y 78 a 88 PDF 04),). En la parte pertinente de dicho instrumento, se relacionan como hechos base de la decisión adoptada, los siguientes:

“(…) Esta decisión se determinó con ocasión a su responsabilidad comprobada durante el desarrollo de la ruta 81 el día 02 de julio de 2020, ken la cual usted ejercía y prestaba sus servicios como Escolta, en donde claramente se evidenció un gravísimo incumplimiento al momento de prestar la seguridad perimetral al compañero jefe de tripulación quien realizaba el servicio de aprovisionamiento de cajero automático NF PARQUE SANTANDER – ITAU CORPBANCA – CAJERO AUTOMATICO. Al desplegar sin razón alguna conducta contraria al manejo y porte de armas de fuego denominada “rendir el arma” consistente en descargar su arma a un lado de las instalaciones del punto e inicia a realizar actividades completamente diferentes a las que tenía que desplegar como Escolta, consistentes en estar alerta, prestar seguridad a la integridad física de su tripulación y específicamente la del Jefe de Tripulación y prestar seguridad a los valores que son responsabilidad de la empresa, actividades que consistieron en ajustar sus prendas de vestir en pleno desarrollo de operaciones en donde se requiere toda su atención, aleta u el debido manejo de las armas de fuego que se le entregaron a usted para el exitoso resultado de nuestras operaciones.

De lo anterior, es claro que usted se ve frente a los siguientes incumplimientos:

- 1. Incumplir las obligaciones y prescripciones de orden del reglamento interno de trabajo*
- 2. Incumplir las obligaciones del contrato de trabajo*
- 3. Incumplir las obligaciones especiales del trabajador del reglamento interno de trabajo*
- 4. Incumplir las obligaciones de las partes en general del Código Sustantivo del Trabajo*
- 5. Incumplir las obligaciones especiales del trabajador del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 6. Incumplir con las ordenes e instrucciones del empleador*
- 7. Incumplir el reglamento interno de trabajo*
- 8. incumplir el contrato de trabajo*
- 9. Incumplimiento al decálogo de armas de fuego*
- 10. Ejecutar un acto inseguro*
- 11. Poner en peligro la vida e integridad de la tripulación y de la comunidad en general*
- 12. Incumplimiento de procedimientos*
- 13. Dar mal manejo, la impericia por leve que sea de las armas de dotación que llegaren a corresponder al empleado*
- 14. Dar manejo descuidado de las armas de fuego, no portarlas cuando corresponda, el inadecuado uso de las mismas, obturar de forma indebida el disparador del arma, el disparo accidental, la falta de pericia por leve que sea, la manipulación inadecuada y el indebido uso de la dotación que le llegare a corresponder al empleado para el uso del arma*

*En ese orden de ideas, se le solicitó explicaciones, el día 13 de julio de 2020, para que explicara los motivos por los cuales había incurrido en incumplimiento de las funciones propias de su cargo relacionados anteriormente, siendo la primera oportunidad para ejercer el derecho de defensa y contradicción, garantizando el debido proceso; comunicado al cual usted emitió respuesta el día 17 de julio de 2020; sin embargo, **los argumentos emitidos por usted no justifican de ninguna manera su gravísimo incumplimiento, razón por la cual la empresa encontró mérito para dar inicio a proceso disciplinario en su contra**, y se procedió a realizar citación a diligencia de cargos y descargos la cual fue programada para el día Martes 12 de Agosto de 2020, documento que se le entregó con la suficiente anticipación (06 de Agosto de 2020) en el cual se le imputaron los cargos, se le expone de manera clara y concreta los motivos de la misma, la fecha y hora y se le trasladaron la pruebas del caso que no tuvieron carácter ni reserva confidencial y se le brindó la oportunidad de acudir con dos acompañantes, garantizando el proceso disciplinario acorde con sentencia C-593 de 2014.”.*

En la diligencia de descargos, sobre la conducta endilgada, que corresponde a la aludida en la misiva referenciada *Apertura de proceso disciplinario y citación descargos*, en donde además de relacionar las presuntas faltas en que incurrió el demandante, enlistadas en los 14 numerales transcritos también en la carta de terminación, se le reitera que puede estar acompañado por dos

representantes si es afiliado a una organización sindical, aclarándole que “...los mismos se presentarán en calidad de garantes del derecho de defensa y del debido proceso durante dicha diligencia..”; igualmente se le advierte que la inasistencia injustificada hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión; relacionan y adjuntan las pruebas con las que cuenta la sociedad (fls 52 a 54 PDF 01 y 75 a 77 PDF 04); el demandante refirió cuando se le cuestionó “...Sírvase indicar si dentro del Manual de procedimiento operativo está escrito, que usted durante un aprovisionamiento descuide o deje a un lado su arma de dotación?...” contestó “...El manual de procedimiento no lo tengo, pero en ningún momento he abandonado mi arma de fuego, porque no la he descuidado, la tengo al lado mío, la puerta del SAIL, del cajero está cerrado no hay riesgo, nadie la puede tocar y dicho movimiento lo hice porque en el trajinar de la ruta un (sic) se desata laja (sic) y la puse al lado a mi vista mientras me arreglo la reata, cuando mi compañero termina de realizar la provisión cojo mi arma y salimos...”; igualmente admitió que conoce el decálogo de armas de fuego “...Si señor pero vuelvo y repito no he abandonado mi arma de fuego...”; a la pregunta de “...si sabe que está prohibido por procedimiento de seguridad, descuidar y soltar el arma de dotación en procedimiento?...”, respondió “...No la he descuidado y no he incumplido porque mi arma no está descuidada...”.

Se le pregunta que tiene que decir, cuando “...Dentro de las pruebas trasladados se observa dos fotografías donde se evidencia que usted no porta su arma de dotación y no está en posición de seguridad, ¿pese a que se está adelantando un procedimiento de aprovisionamiento a cajero automático? ...” sosteniendo “...Estoy arreglando mi reata estoy pendiente de la aprovisiona (sic) de las gavetas, tengo la escopeta al lado mío, tengo la puerta del sail bajo chapa. No entiendo porque dicen que la escopeta la tengo al lado mío que muestra me arregla la coloque al rincón porque no tengo el porta armas...; dice que no tuvo el arma de dotación en las manos como por “...No sé 5, 7, 8 minutos no se exacto el tiempo...”; admite que fue capacitado y entrenado para cumplir la función de escolta “...Claro que sí, pero repito en ningún momento he incumplido mis deberes con el arma, no soy muchacho para estar jugando...”; precisa que es la persona que aparecía en el registro filmico que se le puso de presente donde se le observa sin portar el arma de dotación; y se le interroga “...Porque motivo o razón circunstancia usted no toma la posición de seguridad con su arma de dotación y la deja al lado por más de 05 minutos, que tiene para que decir?..”, contestando “...Estoy en un punto bajo llave, no corro riesgo...”; que no toma posición de seguridad luego de

acomodarse su vestimenta “...Porque estaba bajo llave, la deje unos minuticos más para relajar mis manos, no le veo algún inconveniente el error fue dejarla uso minuticos más, pero yo estoy pendiente, estoy mirando por la puerta de vidrio...” ; cuando se le pregunta si “...conoce que la omisión de no portar el arma y no tener posición de seguridad en un aprovisionamiento de cajero, puso en riesgo los valores, su integridad y la de su compañero, dado que no tenía capacidad de reacción, por cuanto no portaba el arma?...” indica “...No doc (sic), porque estoy dentro de un cajero con llave, menos la de mi compañero y la de los valores...”; al preguntársele que “...Acepta usted la responsabilidad de los hechos objeto de la presente diligencia?...”, contestó “...Doc.(sic), la verdad no lo acepto, estoy en un SAI, cajero puerta de vidrio, como voy a aceptar que puse en riesgo la vida y la de mi compañero...”; agregando que “..En ningún momento he puesto ni mi vida, ni la de mi compañero ni la perdida de los valores, estoy bajo llave, evalúame cuando estoy en posición pavimento, pero no...”

En dicha diligencia, igualmente el accionante admite que conoce que dentro de sus obligaciones y funciones como trabajador se encuentra el cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparta el empleador, siendo éstas –obligaciones y funciones-, entre otras, las de “...Efectuar las labores encomendadas bajo los parámetros de calidad establecidos por el EMPLEADOR, tanto en sus manuales de procedimiento, políticas como en el sistema de calidad establecido por el EMPLEADOR...”: precisando cuando se le cuestiona que si también “...dentro de las obligaciones y funciones especiales de usted como trabajador, y derivadas de su contrato de trabajo se encuentra “Observar rigurosamente las normas de la Empresa en relación con el Reglamento Interno de Trabajo”...”, que “...Aquí todo es trabajo, aquí todo es corriendo, existe un manual pero no lo conozco ni estudio, todas las labores, aquí le toca a uno sobre la marca (sic), lo que el día a día le da. Pero con esto no estoy diciendo que incumplo los procedimientos como siempre trabajamos...”; a la pregunta si conoce el Reglamento Interno de Trabajo -RIT, refirió: “...Particularmente en nueve años que llevo aquí no lo tengo impreso, no lo tengo presente y no lo veo a diario dado que uno llega a la cafetería y se quiere ir. De pronto le habrán echo cambios y no me he enterado, sé que está publicado en la cafetería y subiendo las escaleras, pero con este tema uno llega y se quiere ir para la casa...” (fls.57 a 61 PDF 01 y 69 a 73 PDF 04).

En el interrogatorio de parte practicado, el demandante admitió que fue capacitado y entrenado para el manejo y uso de armas de fuego y específicamente de escopeta, que *“...ahí en la compañía anualmente se realiza lo que es la capacitación o reentrenamiento, claro que sí, eso es cierto...”*, que igualmente fue capacitado como escolta, siendo sus funciones *“...lo básico, cuando uno sale a la calle sale a es custodiar, a proteger mi vida, la de mis compañeros y el carro de los valores...”*; admitió que era la persona que se observaba en el video que se le puso de presente en la diligencia de descargos *“...mire sumercé, lógico que yo soy el que estoy en ese video porque yo soy el escolta de la ruta, pero vuelvo y lo repito, yo, nosotros con mi compañero estamos en un cajero del lobby, estamos bajo llave, lo que yo realizó ahí es porque estoy en un cajero bajo llave del lobby, estamos asegurados, estamos asegurados, como después de que yo salí del COVID, llegue un poco pasado de kilos, mi vestimenta sufrió un desperfecto por eso yo realizo esa maniobra ahí, por qué estoy asegurado sumercé, porque estoy asegurado, no es más, yo sé que aquí lo que me quieren es cobrar los 8 años que no estuve en el sindicato que yo era del pacto colectivo eso es lo que me quieren cobrar aquí, pero que haya habido un riesgo, jamás...”*, mencionó que cuando está en el cajero su arma *“...en ese momento la dejo a un ladito de mi pero no la porto...”* y por tanto no está en posición de seguridad *“...bueno, no es la posición, no es la posición, pero yo vuelvo y lo repito, se puede realizar siempre y cuando uno esté en un sitio asegurado y nosotros estábamos en un sitio asegurado, dentro de un cajero con lobby...”*, que está asegurado porque *“...yo como escolta tengo el control visual de la parte exterior. de la parte exterior hacia adentro no se ve, yo como escolta tengo el control doctora, y dígame ¿qué problema hubo?...”*, *“...estamos protegidos bajo llave, en una puerta de vidrio en un cajero con lobby, nosotros estábamos asegurados. porque que ocurrió en el tiempo de la provisión, gracias a Dios no ocurrió nada en la ruta...”*, que el arma duro descargada –recargada en el piso contra una pared- *“...aproximadamente 6, 7, 8 minutos porque no era un cajero de mayor valor, era un cajero que siempre se aprovisionaba en 7, 8 minutos máximo, no recuerdo exactamente...”*; recalcó que él siempre estuvo pendiente de la parte exterior.

El representante legal de la accionada, en interrogatorio, reiteró que la decisión de terminación del contrato del demandante *“...no fue producto de una sanción, fue producto de una falta que se verificó...”*; que *“...se verifica que la falta fue una falta gravísima que atenta contra la seguridad y la vida de la tripulación y por este hecho es que se toma la decisión de su retiro...”*; indicando que para el acompañamiento de los

representantes de la organización sindical, el trabajador inculpado “...él pide a la organización sindical que lo asista, el tiempo que se requiera durante el tiempo que dure la diligencia aquí en ningún momento se le limita el tiempo ni la presencia, por el contrario somos garantes del debido proceso y les damos las facilidades para que la persona disciplinada consiga o bien sea la persona del pacto que lo representa o la persona de la convención para que lo represente y lo acompañe en la diligencia...”; refiriendo el trámite que adelantó la empresa para terminar el nexo laboral del accionante.

Se practicó prueba testimonial de: Luis Alfonso Castillo Castillo -Jefe de Operaciones, Juan Ismael Pérez Cely -Director Nacional de Investigaciones y de Seguridad, Pedro Emiliano Acevedo Bernal -Jefe de Mejoramiento Continuo y Entrenamiento Operativo y, Julián Rodrigo Millán Enciso -Jefe de Administración y Control Operativo; empleados de la sociedad demandada, excepto el primero quien para la fecha de la diligencia -6 de febrero de 2022- ya no le prestaba servicios.

El primero de los mencionados – **Luis Alfonso Castillo Castillo**-, señaló que le terminaron el contrato de trabajo al actor, porque aquel “...en un proceso de provisión de cajeros donde actúa como escolta, ingresan a un cajero a hacer una provisión un cajero de lobby, con puerta de vidrio de seguridad y él dejó su escopeta en un rincón mientras se acomodaba creo que su chaleco o algo así; a mí se me requirió por parte del área de seguridad como jefe de él que le pasara una solicitud de explicaciones, a lo que yo dije pues tengo que ver el video para ver el mérito de la situación , se me mostró la parte donde él deja la escopeta en un rincón del lobby del cajero automático y yo le informé a la niña de seguridad que eso no tiene mérito absoluto, exceptuando de que él estuviese en un cajero automático de acceso frontal con vista al público, entonces ella me dice que de todas maneras tengo que proceder a pasarle la solicitud de explicaciones, a lo que yo hablé con mi director que fue el señor Rafael Torres, y le dije que pues no me parecía lógico el pasarle porque no veía ninguna situación, de hecho no pasó absolutamente nada, fue un proceso totalmente transparente, sin ningún tipo de novedad ni nada; pero él me dice que tenía que pasarle esa solicitud de explicaciones, entonces obviamente el director manda al jefe, yo procedí a pasarle una solicitud de explicaciones al señor Palacios de porque había dejado la escopeta en ese rincón, a pesar de que yo ya me había dado cuenta de porque razón lo hizo, es eso de lo que tengo conocimiento y creo que fue por eso que lo despidieron...”.

Sobre el procedimiento establecido por la empresa, para los escoltas en aquellas operaciones de aprovisionamiento de cajeros automáticos, indicó que *“...ellos deben estar totalmente atentos ante cualquier situación que se presente, sobre todo en los cajeros que como le digo tienen directo acceso al público; él cajero donde él está ubicado también debe estar verificando pues que no se acerque nadie a pesar de que ellos están encerrados; pero ellos no son susceptibles de sufrir cualquier tipo de trastorno en su operación, como por decir algo un desmayo, o por decir algo se cayó algo, tiene que dejar la escopeta a un lado, en un cajero automático donde tienen acceso al público donde el público está a dos metros tienen que aguantarse cualquier tipo de situación en un cajero automático en donde ellos están como donde fue tomado el video, digamos que tienen cierta cobertura del eventual caso en que se les presente algún contratiempo a nivel personal, pero todo el tiempo en lo posible deben estar atentos porque es una operación en donde hay apertura de cofre de seguridad y ellos son los responsables de la protección del jefe de operación...”*, que cuando se presenta algún evento, impase o necesidad del escolta para dejar su posición *“...ellos tienen un procedimiento para eso, ellos deben pedir un código que directamente lo da la compañía para que los puedan ir a un baño, si es una situación ahí como la del señor, él debe hablarse con su jefe de tripulación, mientras de pronto él digamos soluciona su impase...”*; que no sabe si el actor le informó a alguien de su necesidad de arreglar su vestuario en el momento de la operación y por eso iba a dejar su arma a un lado.

Refirió que de acuerdo a lo que pudo observar en el video respecto al suceso *“...Se ingresa, se cierra la puerta, no hubo ninguna falencia, yo no vi que esto fuera o entorpeciera la operación; por el contrario, en lo que vi, no le vi ninguna falla, dejo la escopeta por algo que se le presentó en el momento, pero me imagino que posteriormente la volvió a coger, de verdad que me dice que no imagine, discúlpeme, pero él debió haber retomado otra vez su arma y haber seguido en custodia de los valores como escolta; o sea yo no le vi ninguna, por eso dije que yo no veía ni siquiera pasarle una solicitud...”*; también dijo que no es permitido para un escolta descargar o rendir el arma durante un aprovisionamiento de cajero; que el procedimiento es el mismo en cualquier tipo de cajero *“...existen dos tipos de cajeros, unos de acceso frontal que son directamente ligados al público y otro que son de acceso frontal pero que tiene un lobby protegido por una puerta de vidrio en donde ellos ingresan y cierran la puerta, cierran la puerta para mayor seguridad, ese fue el tipo de cajero en donde el actuó...”*

El deponente **Juan Ismael Pérez Cely** -Director Nacional de Investigaciones y de Seguridad e Investigaciones-, sostuvo que el actor dejó de prestar servicios a la accionada *“...por una omisión de procedimientos en un punto que él estaba prestando sus servicios de escolta, donde omitió unos procedimientos de seguridad, básicamente en el porte del arma y en sus funciones como escolta, funciones pues prestándole seguridad a la ruta a la que él estaba programado...”*; omisión que consistió en que *“...el abandona su arma, la deja a un lado, deja de prestar la seguridad debida a su jefe de tripulación, que es pues su principal función, básicamente eso es lo que él tiene que hacer prestarle seguridad con el armamento, cuidándolo, ya que el jefe de tripulación en ese momento se encuentra aprovisionando el cajero y pues esta es una de las operaciones más riesgosas que tiene Brinks, teniendo en cuenta pues la modalidad de esta operación...”*; refirió el procedimiento de aprovisionamiento, señalando que en la empresa hay dos operaciones que el personal hace como escoltas o como tripulantes, una *“...es el transporte de valores normales, me refiero a que ellos van a donde un banco por decir algún ejemplo, recogen los valores y se devuelven al vehículo blindado; en ese caso digamos que los dos funcionarios tanto el jefe de tripulación como el escolta, cada uno va armado, con chaleco, están pendientes de lo que está pasando a su alrededor...”* y en el evento del aprovisionamiento de un cajero *“...es muy diferente....en un cajero lo que sucede es que el jefe de tripulación tiene su arma de dotación, pero tiene que guardarla, tiene que enfundarla y en ese momento sus dos manos están ocupadas provisionando el cajero, al mismo tiempo que no tiene el arma, están pendiente es de todo lo que es la rutina que tiene que hacer en una máquina; es decir entrar al sistema, aprovisionarlo, hacer la operación de rutina de máquina, digamos que lo del computador que se hace y adicional hace lo físico, es decir saca los valores, mete nuevos valores, él tiene que estar muy pendiente de su operación, porque normalmente han ocurrido varias veces trocado de plata, es decir meten la plata de un sitio a otro, de una gavera de una denominación a otra, entonces el cajero queda mal provisionado, queda pagando mal, con todo esto quiero decir es que tiene sus cinco sentidos puestos en el cajero en la máquina y su espalda totalmente está confiada a su escolta, el escolta es la única persona que ve lo que está pasando a su alrededor y tiene la responsabilidad de la seguridad de esa persona bajo su mando, bajo su criterio, es el único que puede reaccionar y puede hacer algo, entonces la operación de cajeros automáticos es mucho más crítica que cualquier otro tipo de operación, teniendo en cuenta esto, que de las dos personas, solamente una está bajo la seguridad tanto de la persona como de los valores, es mucho más crítica que cualquier otra....”*.

Precisó que el cajero en el que ocurrieron los hechos, por las imágenes que pudo observar, es un cajero de carga frontal; que el procedimiento para el aprovisionamiento de cajeros es el mismo sea uno con lobby o uno de carga frontal, ya que el jefe de tripulación cumple la misma rutina tanto adentro como

afuera, y el escolta tiene igual función en uno o en otro, que es “...prestar seguridad ya sea dentro, ya sea adentro o a fuera, es prestarle seguridad a su jefe de tripulación; pues más teniendo en cuenta que es un cajero que lo que tiene es un vidrio que no nos da ningún tipo de protección...”; que el vidrio es uno normal, convencional “...no es un vidrio blindado, no tiene ningún tipo de protección...”; que cuando se presente alguna necesidad que se tuviera que atender en el momento se debe solicitar una autorización; pero que en el caso del actor no hubo ninguna necesidad, ninguna solicitud o requerimiento, y cuando esta se presenta “...digamos que todo se tramita a través del jefe de tripulación quien es el que tiene el medio de comunicación...”.

Sostuvo que, de acuerdo a los protocolos y procedimientos de seguridad establecido por la accionada, es contrario a los mismos rendir el arma de fuego aun estando cerrada la puerta del cajero, porque se pone el riesgo la vida de los funciones y de los valores, que la función del escolta “...es la misma que hace todos los días, o sea no es algo nuevo, no, es siempre tener su arma, portarla, estar listo para reaccionar, lo cual se incumplió claramente, pue su deber principal es cuidar su vida, la de su escolta y los valores....”; que la puerta de vidrio de un cajero no brinda la seguridad necesaria en el proceso de aprovisionamiento de un cajero, porque “...con una simple patada, un impacto, o una pedrada o algo, ya los delincuentes estarían adentro, y pues el tiempo de reacción no le da a un escolta para tomar su arma, empuñarla, y reaccionar, de hecho pues todo el tema de capacitaciones está enfocada a una reacción oportuna, a estar atento y esto es parte del entrenamiento diario, por lo mismo se escoge un perfil de funcionarios que hayan prestado servicios, que hayan tenido con empresas de seguridad, que hayan manejado armamento, porque la reacción es muy muy importante en estos casos...”: y que el escolta debe portar todo el tiempo su arma y estar en posición alerta “...no la pueda soltar que no la deje a un lado y pues la operación es una operación de 15 , 20 minutos como veíamos, en la que al menor descuido nos pueden estar llegando los delincuentes tal como nos ha sucedido varias veces....”

El declarante **Pedro Emiliano Acevedo Bernal** –Jefe de Mejoramiento Continuo y Entrenamiento Operativo, señaló que no conoce directamente al demandante, pero que tiene todo su proceso de entrenamiento, dado que “...como jefe pues garantizo que a todos los colaboradores que están en la organización prestando el servicio de OP o como escolta, se les dé o se realice su entrenamiento anual por parte de mis coordinadores o entrenadores como tal...” y que aquel año a año va teniendo su reentrenamiento de escolta, “...él tuvo todo su pensum establecido y armamento y manejo de armas y polígono...”;

describió el procedimiento de aprovisionamiento de cajero automático, precisó que en dicho proceso el escolta siempre deben portar el arma de dotación en todo momento, no pueden *rendir el arma* “...ellos tienen que tener su arma terciando, por ejemplo para el escolta terciando alto si, que es el manejo que tiene que tener el escolta, el JT púes tiene su arma en su chaleco, en su dril de prenda pues dado que ellos cargan el abastecimiento como tal...”; aseguró que el escolta en dicho proceso debe “...siempre portar el arma terciando alto, si es algún tema, digamos algo que no estaba presupuestado tiene que informar a su grupo, por ejemplo que el chaleco se lo va ajustar, cambio muy rápido porque siempre tiene que estar en alerta máxima, porque está custodiando su vida, la del compañero y los valores; entonces nosotros no tenemos como tal esa...”.

Manifestó que en el entrenamiento se les enseña la posición de como tener su arma cuanto se está realizando el aprovisionamiento de un cajero “...tanto para cajero o para cualquier procedimiento, como les decía tenemos una materia que se llama conocimiento de armas de fuego y el polígono practico, cabe mencionar que a ellos se les da el manejo de ambas armas independientemente que esté manejando como escolta su escopeta o como JT su revólver, tienen el conocimiento de ambas armas de como portarlas y como accionarlas...”; y que en ningún momento le es permitido bajar o rendir el arma en dicho proceso “...no en ningún momento nosotros desde el área de entrenamiento damos esa instrucción, siempre deben estar alerta durante su operación como tal...”. “...el procedimiento es que tiene que estar en actitud, presentación y porte de armas, eso es lo que se da en el entrenamiento, quiere decir que ud. siempre debe estar bajo el protocolo de terciando alto si es la escopeta y posición 100 si es el revólver. solo el JT es el que puede pues guardar su armamento en el momento de hacer el procedimiento que tenga lugar...”; que el accionante dejó de prestarle servicios a la demandada “...por el procedimiento de rendir el arma en uno de los cajeros y se le inicio su proceso y fue tomada la decisión de que saliera de la compañía...”.

El testigo **Julián Rodrigo Millán Enciso** —Jefe de Administración y Control Operativo—, mencionó que conoce al demandante desde el momento que se vinculó a la demandada en el año 2017, que aquel fue desvinculado “...por un gravísimo incumplimiento dentro de un aprovisionamiento de cajeros, cuando él se desempeñaba como escolta al rendir su escopeta...”, es decir “...la escopeta la dejó abandonada detrás de él recostada contra una pared de un cajero automático...”; que se enteró de dicha situación porque “...a mi me entregaron desde el área de operaciones el informe disciplinario, donde están contenidas las faltas que se identificaron desde el área de operaciones; este informe viene acompañado de un informe de seguridad que es el área que directamente reporta la novedad que se presentó en este aprovisionamiento de cajeros, y un video que también nos entregaron desde el área de seguridad...”;.

relató además el trámite que siguió la compañía previo a la desvinculación del demandante, e indicó el procedimiento operativo para el aprovisionamiento de un cajero, mencionando que “...el escolta debe estar garantizando la integridad tanto de él como de su jefe de tripulación, ... garantizando un entorno seguro dado que el jefe de tripulación está cargando el dinero, ingresar al sitio, estar en posición de alerta para que el jefe de tripulación realice el aprovisionamiento del cajero, descargue el dinero en la máquina electrónica...”; que la posición de alerta o seguridad es porque “...el escolta es el primer llamado, o el llamado a garantizarle seguridad al trabajador, al jefe de tripulación, adoptando medidas o características tales como terciar el arma alto, pues porque esta acción genera disuasión al público, a la gente que este cercana a donde se esté realizando el aprovisionamiento, hay que tener en cuenta que el jefe de tripulación está encargado de realizar el cargue del dinero a la máquina dispensadora, al cajero electrónico...”.

Indica que el escolta no está facultado o autorizado para descargar o rendir el arma “...no, no, no, no está facultado, dentro de nuestros procesos operativos el escolta siempre debe tener, siempre debe estar portando su arma de dotación, y pues como se lo digo, garantizando la integridad física de él, del jefe de tripulación y la seguridad de los valores...”; que dentro de los procedimientos operativos no se encuentra establecido la rendición del arma por parte del escolta.

Y finalmente, **Juan Pablo Quiroga Muete** –Coordinador de Relaciones Laborales grado II, precisó que conoció al actor el día de la diligencia de descargos, por cuanto fue quien llevó a cabo la misma, mencionó que en dicha diligencia hubo un requerimiento de asistencia por parte de otros compañeros de trabajo del demandante para su acompañamiento en la misma, que “...dentro del expediente disciplinario obraba una solicitud del trabajador la cual fue respondida en debida forma, si pudo hacer una acotación, yo soy el abogado también que maneja todo el tema de relaciones laboral con la organización sindical; es decir yo soy la persona a quien recurren ellos para solicitar permisos y para el día de la diligencia de descargos yo puedo indicar que tanto la junta directiva nacional de la organización Sintrabrinks, yo le otorgue permiso al señor Carlos Manuel Solarte ese día y en la junta directiva de Bogotá yo le otorgué permiso al señor Yader y al señor Rigoberto para ese día de la diligencia de descargos, es decir habían 3 personas de la organización sindical con permiso sindical para el día de la diligencia de los descargos...”, que fue un permiso sindical general no específicamente para la diligencia, porque la organización sindical no tiene que justificar para que o en que va a utilizar el permiso “...se entiende pues que van a ser

labores sindicales, la empresa no va más allá de preguntar para que son esos permisos, simplemente mira la viabilidad y de esa manera lo otorga...”.

Indicó que en el acta de descargos se dejó constancia que al actor se le señaló que era éste quien debía adelantar las gestiones pertinentes para la asistencia de sus compañeros a la mismo, ya que dicha situación “...recae exclusivamente en el trabajador, y porque?, porque digamos que la empresa no puede sacar o disponer de un personal para que lo acompañara, toda vez pues que las tripulaciones se conforman por 3 o 2 hombres y están previamente programadas, entonces sacar un trabajador a descargos y sacar otros dos pues no se podría cumplir con la ruta, entonces lo que la empresa indica es que la organización sindical haga uso de sus permisos o en su defecto haga uso de la política interna de permisos que tiene la empresa y que lo pidan, y la empresa revisara la viabilidad que lo entrega, no sencillamente manifestarlo sino cumplir con los procedimientos y los protocolos internos...”; que no hubo requerimiento de personas de la organización sindical distintas a las mencionadas, con el propósito de acompañar o asistir al demandante en la diligencia de descargos; sostuvo que las razones para la terminación del contrato del accionante fueron “...por un incumplimiento gravísimo a sus obligaciones contractuales como escolta, por cuanto durante una operación fuera de ser en pavimento donde el nivel de riesgo es altísimo, ese trabajador cuya función era prestar la labor como escolta tanto de su compañero como de los valores, rindió su arma de fuego, su arma de dotación que la empresa le entrego para prestar la seguridad, cuidar los valores y proteger su vida, la descuido por más de 8 minutos, la abandonó mientras su compañero pues estaba completamente vulnerable porque estaba arrodillado haciendo todo el procedimiento que era, que era retirar el dinero y cargar con dinero nuevo, entonces descuido completamente la función para la cual se le había contratado y puso en riesgo los valores, su vida y la del compañero y demás; dado ese gravísimo incumplimiento es que se toma la decisión de dar por terminado su contrato con justa causa; dentro de la diligencia de descargos el trabajador lo acepta, lo reconoce que es la persona que aparece en los videos, que aparece en las fotos acepta que la empresa lo capacitó y acepta que rindió el arma, dentro la diligencia de descargo yo le hice ese tipo de preguntas...”.

Además de los anteriores medios de prueba, se allegaron, entre otros, los siguientes documentos:

- (i) Reglamento Interno de Trabajo (fls. 74 a 130 PDF 01)

- (ii) Convenciones Colectivas de Trabajo, celebradas por la accionada con la organización sindical SINTRABRINKS para los años 2016-2018 (fls.131 a 161 PDF 01).
- (iii) Pliego de peticiones 2018-2020 (fls. 162 a 192PDF 01)
- (iv) Correo electrónico de Sintrabrinks a la doctora Martha Pedroza, de fecha 17 de julio de 2018, e la accionada, mediante el cual allega pliego de peticiones para facilitar a la empresa su manejo y recepción en materia de su contenido para las actividades de negociación de la convención colectiva de trabajo, precisando que el mismo fue entregado físicamente el 13 de julio (fl. 192 PDF 01)
- (v) Constancia de denuncia de convención colectiva, de 12 de julio de 2018, de la Dirección Territorial de Bogotá – Inspector de Trabajo Grupo Atención al Ciudadano y Tramites (fls. 193 y 194 PDF 01).
- (vi) Resolución No. 4373 de 22 de octubre de 2019 del Ministerio de Trabajo, por la cual se ordena “...la convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio, para que estudie y decida el conflicto colectivo de trabajo existente entre la empresa BRINK’S DE COLOMBIA S.A. y la organización sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA BRINK’S DE COLOMBIA S.A. “SINTRABRIN’S...” (fls. 195 a 197 PDF 01).
- (vii) Laudo Arbitral de 21 de febrero de 2020 y auto de 16 de marzo de 2020, resolviendo sobre la solicitud de aclaración y modificación del mismo, presentada por el sindicato (fls. 198 a 242 PDF 01).
- (viii) Auto de 23 de julio de 2020 mediante el cual el Tribunal de Arbitramento admite los recursos de anulación presentados por la empresa y el sindicato (fls. 243 a 246 PDF 01).
- (ix) Comunicación de la organización sindical Sintrabrinks, de 25 de febrero de 2020, mediante la cual informa al representante legal de la accionada, sobre la afiliación entre otros trabajadores, del aquí demandante al sindicato (fls. 247 y 248 PDF 01).
- (x) Documentos relacionados con el trámite adelantado por la empresa –informe del conductor de la ruta 81 de 2 de julio de 2020, anexando video. –solicitud de informe novedad al demandante. – informe rendido por el demandante. – citación a descargos. – acta de

descargos. –solicitud de acompañamiento sindical por parte del accionante. –respuesta a dicha solicitud. -carta de terminación del contrato con justa causa (fls. 62 a 88 PDF 04)

(xi) Procedimiento de seguridad para servicios de aprovisionamiento de cajeros automáticos, en el que se relaciona actividad, descripción de la actividad –cómo, cuándo y dónde-, cargo responsable y, tipo de actividad (fl 170 PDF 04).

Del análisis de cada una y en conjunto de las anteriores probanzas, es factible colegir que el hecho endilgado al trabajador de “*rendir su arma*”, esto es descargar la escopeta a un lado de las instalaciones del cajero y realizar actividades completamente diferentes a las que tenía que desplegar como escolta, ya que se puso a corregir o arreglar su vestimenta; quedo debidamente acreditado, tal como lo admitió el demandante en el informe rendido el 17 de julio de 2020, así como en la diligencia de descargos y en el interrogatorio de parte, pues al estar en pleno procedimiento de aprovisionamiento de cajero automático, dejó su arma de dotación a un lado recostada contra la pared del cajero, mientras se arreglaba su vestuario, por espacio de 6, 7, 8 minutos, desatendiendo los reglamentos de seguridad y normas de la entidad accionada.

Téngase en cuenta que, en su condición de escolta, debía mantener todo el tiempo portada el arma y en alto, en posición de alerta máximo, esto es, atento a cualquier situación o novedad que se advierta a su alrededor, con gran capacidad de reacción frente a eventuales riesgos de seguridad que se pudieran presentar, dado que está protegiendo su vida, la del compañero y los valores o recursos que se custodian en la actividad de transporte de valores que ejecuta la sociedad demandada; obsérvese que, conforme a la Carta de Identificación Ocupacional, dentro del “...PROCESO: PRESTACIÓN DEL SERVICIO, SUBPROCESO: TRANSPORTE TERRESTRE...” es responsabilidad del escolta “...* Realizar todas las operaciones con base en los procedimientos de operación y las regulaciones Generales de Seguridad de Brinks de Colombia S.A....” así como el “...Estar siempre en custodia del jefe de tripulación (quien lleva los valores)...” (fls 56 a 58 PDF 04).

Por tanto, es evidente la ocurrencia de la conducta imputada al demandante; que como lo coligió el juzgador de primer grado, pese a no aceptarlo la parte activa, configura justa causa de terminación del contrato de trabajo, dado que incumplió los procedimientos de seguridad establecidos por la empleadora, poniendo en peligro la operación que se estaba llevando a cabo y sus participantes –compañero, él mismo y los valores que custodiaba-; como quiera que al dejar el arma de dotación a un lado mientras se dispuso al arreglo de sus prendas de vestir, desatendió las normas de la compañía y no estaba en capacidad 100% de reaccionar ante un eventual peligro, es decir, no estaba en posición de alerta y reacción frente a cualquier situación de riesgo; siendo su obligación, toda vez que su principal función era la protección de los valores y dineros, garantizando así la seguridad de las personas y de las cosas.

Y es que no se puede considerar que, por el hecho de estar dentro o “encerrado” en un cajero que tenía puerta de vidrio se encontraba totalmente seguro y no se exponía a peligro alguno, como lo sostiene la parte actora; pues en primer lugar y como lo aseveró el testigo Juan Ismael Pérez Cely -Director Nacional de Investigaciones y de Seguridad e Investigaciones-, el vidrio del cajero era uno normal, convencional “...no es un vidrio blindado, no tiene ningún tipo de protección...”; en segundo lugar, conforme el procedimiento determinado por la compañía, en todo momento el escolta debe estar en posición de alerta, esto es atento a cualquier situación que se pudiere presentar, portando el arma “...terciando alto...”, es decir que le permitiera reaccionar de manera inmediata a un eventual ataque o maniobra peligrosa de terceros; por consiguiente, el estar en tal lugar –cajero con puerta de vidrio, no es razón suficiente para desatender las instrucciones impartidas y el procedimiento establecido, ya que se reitera, al estar concentrado en otra situación diferente a la de brindar seguridad y no portar su arma de dotación de la manera adecuada en la operación, lógicamente lleva exposición a un riesgo; y la circunstancia que no hubiere ocurrido alguna situación específica en ese momento, no lo libera de la responsabilidad que le competía ni le resta gravedad a la conducta; téngase en cuenta que conforme la prueba testimonial, el procedimiento y por ende, la manera de portar el arma en la ejecución de dicha

labor -aprovisionamiento de cajero, independientemente de la clase o distribución del elemento donde se desarrollara la operación –cajero de carga frontal o de lobby con puerta de vidrio- es el mismo o, igual para los diferentes cajeros; ya que en ambos casos el objetivo y función del escolta que se compagina con la responsabilidad de la accionada, es la de garantizar la seguridad de los valores de los clientes y del personal que ejecuta la operación.

Obsérvese que, con el actuar del demandante, al rendir su arma, se da un incumplimiento de sus obligaciones, dado que tal como lo refirió el testigo Pedro Emiliano Acevedo Bernal, quien es *Jefe de Mejoramiento Continuo y Entrenamiento Operativo* de la sociedad accionada, las instrucciones impartidas a los escoltas – cargo que ocupaba el actor- y el procedimiento establecido al realizarse el aprovisionamiento de cajero, es que éstos –los escoltas- siempre deben portar el arma de dotación en todo momento, no pueden *rendir el arma* “...ellos tienen que tener su arma terciando, por ejemplo para el escolta terciando alto si, que es el manejo que tiene que tener el escolta, el JT púes tiene su arma en su chaleco, en su dril de prenda pues dado que ellos cargan el abastecimiento como tal...”; asegurando que el escolta en dicho proceso debe “...siempre portar el arma terciando alto, si es algún tema, digamos algo que no estaba presupuestado tiene que informar a su grupo, por ejemplo que el chaleco se lo va ajustar, cambio muy rápido porque siempre tiene que estar en alerta máxima, porque está custodiando su vida, la del compañero y los valores ...”, aspecto corroborado por todos los deponentes.

Ahora, no resulta acertado el entendimiento de la parte apelante, al considerar que “...no se advierte la gravedad ni se calcula la gravedad de la situación...”; ya que la actuación del demandante se encuentra calificada dentro del Reglamento Interno de Trabajo como “...*gravísima*...”, en los términos del artículo 73 del mismo, cuando enlista las conductas que en sentir de la sociedad tienen tal connotación y de contera llevan a la terminación del contrato de trabajo con justa causa como allí se plasma, y relaciona en su numeral 22, “... ***El no porte de armas cuando corresponda o portarlas de manera inadecuada durante la operación que le corresponda....***” (Subraya y resalta la Sala); y es que, además, dentro de las prohibiciones a los trabajadores, relacionadas en el artículo 65 ídem, se encuentra “... 14. ***Ejecutar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad, su integridad, los valores y la vida de sus compañeros de trabajo, la de sus superiores o la de terceras personas, que amenacen***

y perjudiquen las áreas, dependencias, elementos, sedes, talleres o en general activos de la Empresa. ... 49. **Cualquier acto o negligencia, descuido u omisión en que incurra el trabajador en ejercicio de sus funciones....**"; recordemos que por estar el demandante arreglándose o acomodando su vestuario, dejó a un lado su arma de dotación, cuando se encontraba en plena operación; con lo cual desatendió en primer lugar las ordenes e instrucciones que de modo particular le impartió su empleador, y en segundo término, puso en peligro o riesgo su seguridad, su integridad, los valores y la vida de su compañero de trabajo; pues tal como lo analizó el juzgado de instancia "...el hecho de que arma de dotación estuviera en el piso a una distancia relativamente considerable ante cualquier riesgo que demandara su reacción pues tal circunstancia iba a hacer que tal reacción no fuera de manera inmediata y probablemente no fuera la más oportuna, pues dentro de un contexto en donde los riesgos de seguridad de este tipo de lugares, pues se surte en minutos o inclusive en segundos, pues evidentemente el hecho de no tener a la mano el mecanismo de seguridad o su arma de dotación, pues hace que no se garantice en debida forma la prestación del servicio...".

Bajo ese panorama, queda acreditado el incumplimiento del trabajador en sus obligaciones y de contera el desobedecimiento de las instrucciones impartidas de modo particular por el empleador, como atrás se indicó; téngase en cuenta que, conforme a lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo de la compañía accionada, son deberes de los trabajadores: "...12. Observar rigurosamente las medidas y precauciones que le indique su respectivo superior inmediato para el manejo de las máquinas, o instrumentos de trabajo, elementos de protección personal y aquellos que la Empresa le haya designado para el ejercicio propio de su actividad laboral-...14. Cuidar integral y permanentemente los intereses y bienes de la Empresa. -...46. Observar las normas de la Empresa en relación con el Reglamento interno de Trabajo, manuales operativos, de procedimientos, de seguridad, de comunicaciones, de vigilancia...", (Art.59, fls. 90 a 94 PDF 01). Así como obligaciones especiales del trabajador, en concordancia con el artículo 58 del CST, las de: "...1. Realizar personalmente la labor, encomendada en los términos estipulados; **observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes**, según el orden jerárquico establecido. 2. **Observar** los preceptos de este reglamento, las disposiciones de seguridad informática y las demás normas que la Empresa establezca, así como las demás regulaciones que resulten de la naturaleza del contrato, o que estén previstas en las disposiciones legales, **acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la Empresa o sus representantes**, según el orden jerárquico establecido. - ... 33. Toda otra obligación que se desprenda de las labores principales, anexas, conexas y complementarias que según lo anterior y según su cargo

le incumban al Trabajador...” (Art. 62 fls. 98 a 100 ídem); y prohibiciones a los trabajadores, entre ellas: “...14. **Ejecutar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad, su integridad, los valores y la vida de sus compañeros de trabajo**, la de sus superiores o la de terceras personas, que amenacen y perjudiquen las áreas, dependencias, elementos, sedes, talleres o en general activos de la Empresa. -...49. Cualquier acto o negligencia, descuido u omisión en que incurra el trabajador en ejercicio de sus funciones 52. El manejo descuidado de las armas de fuego, **no portarlas cuando corresponda**, el inadecuado uso de las mismas, obturar de forma indebida el disparador del arma, el disparo accidental, la falta de pericia por leve que sea, la manipulación inadecuada y el indebido uso de la dotación que le llegare a corresponder al empleado para el uso del arma. ... 61. Transgredir las normas establecidas en los manuales de procedimientos u operaciones establecidos por la Empresa. - ... 62. **La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones atrás establecidas, o de cualquiera de las prohibiciones que emanan de éste reglamento**, así como las demás que resulten de la naturaleza misma del trabajo confiado del contrato, de las disposiciones legales, de los reglamentos, procedimientos y regulaciones citados en el contenido del presente Reglamento, de las obligaciones, prohibiciones y cualquier otra norma de este mismo reglamento, de las convenciones, pactos, laudos arbitrales o cualquier acuerdo individual o colectivo...” (Art. 65, fls. 102 a 107 ídem).

También, en dicho reglamento, en artículo 73, se determina que “...12. **Cualquier acto grave de negligencia y/o dolo, en la omisión en que incurra el empleado en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tal como dejar abierta la bóveda de valores; dejar conocer las claves puestas bajo su responsabilidad, extraviar las llaves, entregar claves a terceros no autorizados, romper las bolsas de los clientes que posean valores, apartarse de las operaciones sin los códigos correspondientes autorizados y no cumplir con las regulaciones de seguridad para cada proceso operativo etc.-...** 26. Incumplir con cualquier otra obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo y que se encuentre dispuesta como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo...” (resaltado fuera de texto, fls. 109 a 1127 ídem); son conductas que se califican como faltas gravísimas, que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa; por tanto, concatenando dichas conducta y las consecuencias determinadas en el reglamento con la normatividad sustantiva laboral, resulta fácil concluir que el demandante faltó a sus obligaciones contractuales contenidas en los numerales 1º, 5º y 8º del artículo 58 del CST que lo obligaba a realizar su labor en los términos estipulados, observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones de su empleador; comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios; así como observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes; en tanto su

conducta constituye falta calificada como gravísima en el Reglamento Interno de Trabajo y también están contempladas como grave en la ley, configurándose así la justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte de la empresa como lo autoriza el artículo 62 del CST en su literal a) numeral 6°.

Aunque según dicha norma, no es cualquier falta cometida por el trabajador la que origina la terminación del contrato de trabajo con justa causa, sino que esta tiene que ser grave, es decir que debe tener una entidad y repercusión tal que afecte de manera palmaria las obligaciones o prohibiciones que la ley establece a los trabajadores; además, se entiende que esa gravedad debe medirse en relación con las circunstancias específicas en que ocurrió, pues en esta materia es imposible establecer un catálogo de situaciones que sea dable calificar, de antemano, como graves, con lo que se podría considerar, como lo hace la apelante, que el comportamiento del trabajador, de rendir su arma de dotación en plena operación de aprovisionamiento de cajero; desatendiendo las órdenes e instrucciones impartidas por su empleador así como establecido en los reglamentos de seguridad de la compañía, no tiene la gravedad necesaria para que hubiese dado lugar a la terminación del contrato con justa causa; no obstante, debe tenerse en cuenta que generó un riesgo a la entidad respecto a los valores de los clientes, así como la seguridad de su compañero de trabajo y la de él mismo, dado que dejó de brindar protección y estar en estado de alerta máxima durante el tiempo que utilizó para arreglar sus prendas de vestir, desprotegió a su compañero que se encontraba aprovisionando de dinero el cajero y por tanto se encontraba indefenso y no podía responder de manera inmediata a un eventual ataque, puso en riesgo los bienes de los clientes y que eran responsabilidad de la empresa, dado que al no estar en posición de alerta máxima, no portar el arma de dotación de manera adecuada, no tenía capacidad de reacción y defensa, por tanto no estaba custodiando los mismos, dado que en cualquier momento podía estar sucediendo alguna situación de riesgo; aunado a que también se advierte que desacató las órdenes de su empleador, omitió informarle la situación para que hubiere podido tomar las acciones pertinentes para evitar el riesgo, y tampoco fue cuidadoso y diligente respecto a las instrucciones impartidas; faltando en

realidad a sus deberes laborales y desatendiendo lo ordenado; contemplándose estas faltas como graves en el reglamento interno de trabajo.

Al respecto, se precisa que el incumplimiento grave que configura la justa causa de despido contenida en el numeral 6° del literal a) del artículo 62 del CST, está sustentada en la bilateralidad del contrato de trabajo que genera obligaciones recíprocas entre las partes, y en el elemento de la subordinación del trabajador frente al empleador, por tal razón, las obligaciones a que hace referencia dicha norma guardan relación con las obligaciones y prohibiciones del trabajador previstas en los artículos 58 y 60 ibídem, y con cualquier falta grave calificada como tal en los reglamentos, convención o pacto colectivo, o contrato de trabajo (CSJ SL2351-2020, radicación 53676).

Como a la misma conclusión arribó el juzgador de primer grado, se confirmará la decisión en este aspecto.

De otra parte, frente al segundo motivo de inconformidad; refiere la recurrente que se vulneró el debido proceso, como quiera que no se adelantó en debida forma el procedimiento establecido, ya que el artículo 66 del Reglamento Interno de Trabajo, *“...dispone que efectivamente así lo es para las faltas que califican como gravísimas dice que la sanción es la terminación del contrato con justa causa...”*; y que si hay *“...otras normas del Reglamento Interno de Trabajo que dicen otra cosa e incluso lo contrario pues debía aplicarse el principio de favorabilidad tal y como lo demanda el artículo 53 de nuestra carta política...”*, adelantándose el procedimiento disciplinario previsto en dicho reglamento, que es más garantista.

Con relación al adelantamiento del proceso disciplinario para dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa, que es el motivo de inconformidad que ahora nos ocupa, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2351-2020, radicación 53676 del 8 de julio de 2020, indicó que el respeto al debido proceso *“...es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento...”*, y en

ese sentido, fijó su nuevo criterio según el cual “...la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, **salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°...**”. Preciso dicha Corporación, que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general, y, por tanto, el empleador “...no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, **salvo convenio en contrario**, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa...” (resaltado fuera de texto).

Bajo esos parámetros, se advierte que la obligación para el empleador del adelantamiento de un proceso disciplinario, surge cuando se pretende imponer una sanción la cual debe estar debidamente contemplada en el Reglamento Interno de Trabajo; ya que tratándose de la terminación del contrato de trabajo con base en una justa causa, que no corresponde a una decisión de carácter disciplinario, no es perentorio seguirse un trámite de tal naturaleza, a menos que el mismo se encuentre previamente establecido en el Reglamento Interno de Trabajo o en algún otro documento del empleador, a excepción de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, pues en este caso deberá oír al trabajador previamente para garantizarle su derecho a la defensa.

En el presente asunto, repara la apelante que no se hubiere adelantado el procedimiento establecido en el Reglamento Interno de Trabajo para la desvinculación del actor, considerando en su sentir, que en ese instrumento se

establece la terminación con justa causa del contrato de trabajo como una sanción, dado que en el artículo 66 ídem, así se prevé para aquellas faltas “gravísimas”; sin embargo, pasa por alto la gestora de la parte actora, que en el artículo 69 de la misma reglamentación, se determinan las clases de sanciones, sin que allí se contemple la ruptura del vínculo laboral como tal; téngase en cuenta que refiere que éstas –las sanciones- son: “...a) Suspensión del contrato de trabajo. b) Multa. c) Amonestación escrita...”; y en artículo 71 se consagra que “...La terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la empresa no se considera como sanción disciplinaria sino como medio jurídico para extinguir aquél....”; enmarcando en el apartado 73, como se indicó en precedencia, aquellos hechos constitutivos de faltas gravísimas, encontrándose en su numeral 13 “...Cualquier acto grave de negligencia y/o dolo, en la omisión en que incurra el empleado en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tal como dejar abierta la bóveda de valores; dejar conocer las claves puestas bajo su responsabilidad, extraviar las llaves, entregar claves a terceros no autorizados, romper las bolsas de los clientes que posean valores, **apartarse de las operaciones sin los códigos correspondientes autorizados y no cumplir con las regulaciones de seguridad para cada proceso operativo etc.- 22. El no porte de armas cuando corresponda o portarlas de manera inadecuada durante la operación que le corresponda.**” (resaltado fuera de texto, fls. 110 y 111PDF 01); comportamiento en el que incurrió el demandante, como quedó analizado.

Por consiguiente, no se advierte que el Reglamento Interno de Trabajo (fls.74 a 131 PDF 01), contemple una trámite disciplinario para efectos de la terminación del contrato de trabajo con justa causa; ya que el establecido en el Capítulo XVIII, se refiere al PROCEDIMIENTO PARA COMPROBACIÓN DE FALTAS Y APLICACIÓN DE LAS **SANCIONES DISCIPLINARIAS**, aludiendo en el artículo 74, que “...Antes de **aplicarse una sanción disciplinaria**, La Empresa dará la oportunidad al trabajador inculcado de rendir sus descargos directamente acompañado de dos representantes de los trabajadores y de acuerdo al régimen laboral que pertenezca; si éste es convenciendo (sic) podrá si lo desea, estar asistido por dos representantes de la Organización Sindical a la que pertenezca; el trabajador podrá rendir sus descargos de forma verbal presentándose a la oficina de Gestión humana (sic) o en el área que haga sus veces para este propósito. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción ...” (resalta la Sala), y prevé como trámite para

tal efecto en el artículo 75, el siguiente: 1. La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas tendrá un término de veinte días calendario desde el conocimiento del hecho; 2. Formulación de cargos y citación a descargos; 3. Diligencia de descargos; 4. El pronunciamiento definitivo del empleador mediante un acto motivado; 5. Imposición de una sanción proporcional a los hechos; 6. Recursos a la decisión disciplinaria y; 7. Firmeza de la decisión; precisándose en el artículo 76 que no producirá efecto alguno la **sanción disciplinaria** impuesta con violación del trámite señalado en el artículo anterior (fls. 112 y 114 PDF 01).

No obstante, se observa que, la accionada acató dicho trámite; ya que, mediante comunicación de 13 de julio de 2020, solicitó informe escrito al trabajador sobre *“...el motivo por el cual el día 02 de julio del presente año ruta No. 81 se evidencia que escolta rinde el arma y no presta seguridad en toda la operación en el punto de Itau parque Santander con código 4827. Este informe por favor deberá ser entregado en un plazo no mayor de 3 días hábiles después de recibir esta solicitud. Ante cualquier duda o comentario con el mayor de los gustos estaré presto a atenderlo...”* (fls. 49 PDF 01 y 64 PDF 04).

Luego, lo citó a la diligencia de descargos, conforme carta de 6 de agosto de 2020, en la que se le comunica que *“...después de las investigaciones y los informes correspondientes, se estableció la presunta comisión de la siguiente falta en la cual usted se encuentra involucrado (a)...”,* se relata la situación que origina dicha citación, como *“...Todo lo anterior, materializado por lo ocurrido el día 02 de julio de 2020, durante el desarrollo de la 81 en la cual fue programado como Escolta y dentro de su jornada laboral, cuando se realizaba de manera conjunta con su tripulación el servicio de aprovisionamiento de cajero automático NF PARQUE SANTANDER – ITAU CORPBANCA – CAJERO AUTOMATICO y usted de manera irresponsable despliega una conducta denominada “rendir el arma” que consistió en que usted mientras el Jefe de Tripulación de la ruta realizaba la rutina de aprovisionamiento del mencionado cajero automático NF PARQUE SANTANDER – ITAU CORPBANCA – CAJERO AUTOMATICO descarga su arma a un lado de las instalaciones del punto e inicia a realizar actividades completamente diferentes a las que tenía que desplegar como Escolta, que es la de prestar seguridad a la integridad física de su tripulación y específicamente la del Jefe de Tripulación y prestar seguridad a los valores que son responsabilidad de la empresa, actividades que consistieron en ajustar sus prendas de vestir en pleno desarrollo de operaciones en donde se requiere toda su atención, y el debido manejo de las armas de fuego que se le entregaron a usted para el exitoso resultado de nuestras operaciones...”*, igualmente se le

relaciona las eventuales normas incumplidas; le señala la fecha, hora y lugar en donde adelantara la aludida diligencia, con la indicación que, si es afiliado a la organización sindical, puede estar acompañado de dos representantes; de las consecuencias de la inasistencia a la diligencia; que se le adjuntan las pruebas con las que cuenta la empresa en relación a los cargos imputados, y que en caso de recolectarse material probatorio adicional será sujeto a contradicción en la oportunidad allí mencionada (fls.52 a 55 PDF 01 y 75 a 78 PDF 04).

Ahora, el demandante, elevó derecho de petición para ser asistido a la diligencia de descargos por los señores Ronis José Atencia Ríos e Iván Silva, representantes de la organización sindical Sintrabrinks (fl. 56 PDF 01); siendo respondido en la misma fecha de presentación -11 de agosto de 2020- por el Jefe de Administración y Control Operativo de la accionada –Julián Rodrigo Millán Enciso-, quien le comunicó que podía hacer uso de su derecho de representación para el día de la diligencia de descargos y que para ello *“...los trámites y gestiones necesarias y pertinentes para que los señores Iván Darío Silva y Ronis José Atencia Ríos lo representen en la diligencia de descargos recaen exclusivamente en usted, y en cada uno de los trabajadores que pretenden acompañarlo, y o se puede, por ningún motivo trasladar esta responsabilidad al empleador. De esta forma dejo resulta (sic) su solicitud de fondo y de manera oportuna...”* (fl. 55 PDF 01).

Se llevó a cabo la correspondiente diligencia en el día señalado -12 de agosto de 2018, en la que se advierte conforme al acta respectiva (fls. 24 a 27 PDF 01 y 61 a 64 PDF 06); que se le pregunta al trabajador si quiere realizar la diligencia de descargos con o sin acompañantes, consignándose que éste señaló *“...realicemos porque no soy problemático con la empresa y la realizo...”*, acotando el trabajador que había presentado solicitud de acompañamiento que le fue respondida indicándole que los trámites y gestiones necesarios y pertinentes para que los señores que había indicado quería que lo representaran en la diligencia, recaían exclusivamente en él y en cada uno de los trabajadores que pretendían acompañarlo, por lo que aquellos debían solicitar el respectivo permiso sindical con el que cuenta la organización Sintrabrinks; igualmente, se relacionan las respuestas dadas por el demandante a los cuestionamientos que le hizo la

empresa, dentro de los cuales se le pregunta cuales eran las principales actividades y funciones del cargo que desempeña , señalando “...Custodiar los valores y prevenir que la delincuencia nos asalte, estar atento en la ruta de cajero, estar atento que no vaya a meter mal la plata, que vaya a trocar, custodia de los valores y de la vida de uno y minimizar el riesgo y estar atento a cualquier situación que se pueda presentar durante la ruta. Es lo básico que hacemos protección a nuestra vida ya los valores...”, que él ingreso con el JT al cajero para realizar el acompañamiento, que la posición de seguridad que debe de mantener el escolta respecto al arma de fuego en operación pavimento es “...Cuando yo salgo con CB, al punto si es un SAIL, ya uno puede tomar la posición que más le convenga puede salir en un listo bajo o alto dependiente la cantidad de personas o el punto para donde uno se desplaza...”; y que la posición de seguridad del escolta respecto al arma de fuego, cuando el JT, está realizando un aprovisionamiento de cajero “...Depende del cajero, si este está expuesto en la calle o en un centro comercial que sea frontal puede tomar la posición de listo bajo o listo alto...”; mencionando finalmente cuando se le interroga si durante la diligencia le fue brindado un trato respetuoso, que “...Si señor fue respetuoso...” (fls. 57 a 61 PDF 01 y 69 a 73 PDF 04).

Y, le informó la determinación tomada al respecto, según carta de 15 de agosto de 2020, en la que se le comunica la decisión adoptada por la empresa de “...dar por terminado su contrato de trabajo, con justa causa...”, en la que luego de relacionar los incumplimientos en que incurrió el demandante, que se le solicitó explicaciones, el llamamiento a descargos, así como lo señalado en dicha diligencia donde se referencia los registros fílmicos aportados como pruebas, relacionar las normas del Reglamento Interno de Trabajo, del Contrato y del Código Sustantivo del Trabajo vulneradas, sostiene que resulta evidente que quedó demostrado que usted incurrió en justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo (fls. 78 a 88 PDF 01 y 62 a 72 PDF 04).

Así las cosas, como quiera que la decisión de la empresa no desencadenó en la imposición de una sanción disciplinaria, sino en la terminación del contrato de trabajo con justa causa; se considera que, el empleador no estaba obligado a seguir un proceso disciplinario para adoptar esa determinación, máxime cuando

el reglamento interno de trabajo no consagra un procedimiento especial para terminar la relación laboral de un trabajador que incurra en una justa causa, pues como se pudo advertir, el trámite contemplado en ese instrumento, solo está concebido para la imposición de sanciones, decisión que se reitera, no fue la adoptada por la accionada.

Aunado a lo anterior, también se advierte que la empresa sí garantizó el derecho de defensa del trabajador previo a su despido, pues no solo lo escuchó en diligencia de descargos, dándole la oportunidad de exponer la versión de sus hechos, sino que, además, le informó previamente la conducta que se le estaba endilgando, la citó formalmente a la referida diligencia, le corrió traslado de las pruebas recaudadas por la empresa, le indicó que podía estar acompañado o asistido por dos representante de la organización sindical a la que se encontraba afiliado, sin que hubiere quedado acreditado que las personas que el trabajador esperaba lo acompañaran no asistieron porque la empresa no se lo permitió, ya que no hay prueba de ello, y le dio la oportunidad para aportar pruebas en su defensa y controvertir las arrojadas por la empresa.

Téngase en cuenta que conforme lo señalado en la sentencia SU449 de 2020, donde se consagra como garantía obligatoria, en ejercicio de la facultad del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y con justa causa, la de escucharse al trabajador en relación con los hechos que motivan el despido; precisando que no es exigible un procedimiento disciplinario, si el mismo no se encuentra establecido, ya que *“...si bien el trabajador tiene el derecho a cuestionar y de exponer los motivos que permitan enervar la causal, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, **ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin** (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada. Tal posibilidad es propia del escenario judicial o del escenario acordado por las partes, en donde se realizará el examen de los motivos que dieron lugar a la terminación, ceñido a las razones específicas esbozadas por el empleador y a los cuestionamientos que se formulen por el trabajador....”*, como quiera que *“...el derecho a ser oído opera como una garantía del derecho de defensa del trabajador y no como un escenario de agotamiento del debido proceso, no exigible –como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia– respecto de una facultad de carácter contractual, originada en la condición resolutoria tácita propia de los*

contratos bilaterales y no de un proceso sancionatorio...” (resaltado fuera texto); y es que se reitera, en el presente asunto el trabajador tuvo la oportunidad previo a su desvinculación, de exponer su versión frente a los hechos endilgados por el empleador, aunado a que, ha contado con la posibilidad de acudir a un proceso judicial para que se califique la justeza del despido del que fue objeto, en el que se le ha dado la oportunidad de aportar y solicitar las pruebas que ha considerado pertinentes para acreditar que la causal invocada por la demandada no se configura.

Por tanto, al advertirse que la decisión de primera instancia se ajusta a derecho, como quiera que no se observó vulneración al debido proceso, que quedaron acreditado los supuestos constitutivos de la justa causa invocada por la demandada para la ruptura del contrato de trabajo del accionante, se confirmará la sentencia apelada.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en el recurso.

Ante lo adverso de la decisión del recurso a la parte apelante, se le condenará en costas (Numeral 1°, art. 365 CGP). Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso

ordinario promovido por **CARLOS IGNACIO PALACIO** contra **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

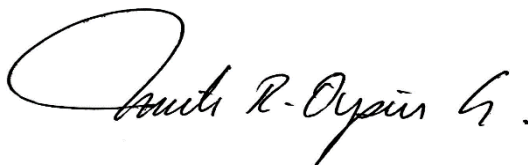
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JULIO HELÍ JIMÉNEZ GÓMEZ contra FONDO NACIONAL DEL AHORRO, SUMMAR TEMPORALES S.A.S. y CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS S.A.S. Radicación No. 11001-31-05-022-**2017-00489**-01.

Bogotá D. C. veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de fecha 5 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia, reconociéndose inicialmente personería al doctor Juan Manuel Castellanos Ovalle en calidad de representante legal de Comjuridica Asesores S.A.S., como apoderado principal del FNA, y al doctor Luis Carlos Padilla Suárez como apoderado sustituto de dicha entidad.

SENTENCIA

1. El demandante, el 28 de julio de 2017, instauró demanda ordinaria laboral contra las entidades de la referencia, con el objeto que se declare que existió un contrato de trabajo con el FNA del 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014, que terminó sin justa causa por parte del empleador, y que las empresas Summar Temporales y Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. actuaron como simples intermediarias; como consecuencia solicita se condene al FNA y solidariamente a las empresas intermediarias, a pagar la diferencia salarial devengada por él como trabajador en misión en relación con los empleados de la planta de la entidad, por el tiempo de vigencia del contrato laboral; los aportes a seguridad social, prestaciones sociales, vacaciones con el salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad demandada, primas extralegales, sanciones de los artículos 64 y 65 del CST, indexación, lo que resulte de las facultades ultra y extra petita y las costas del proceso.

2. Como fundamento de las pretensiones, el demandante indica que prestó personalmente servicios remunerados y bajo subordinación en el FNA del 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014. Aduce que *“Durante la relación laboral, se desempeñó con la denominación de ANALISTA DE SOLUCIONES Y CONSULTAS y AUXILIAR DE GESTIÓN HUMANA...”* en la citada entidad. Que los servicios prestados fueron como empleado en misión y correspondían a funciones misionales y permanentes de la entidad; *“había personal de planta cumpliendo las mismas funciones”*; que durante la vigencia de la relación laboral siempre estuvo asignado a la división de afiliados y entidad, ejerciendo funciones misionales como son: *“recibir correspondencia de la división y encargarse de direccionar todo lo relacionado de la entrega de cargue de cesantías a los profesionales encargados y manejo del correo electrónico del jefe de la división, entre otros”*. Que la vinculación con el FNA se mantuvo mediante contratos de trabajo suscritos con Sertempo Cali S.A. (hoy Summar Temporales S.A.S), en el período comprendido entre el 8 de marzo de 2013 al 19 de mayo de 2014 y desde el 20 de mayo al 29 de agosto de 2014. Señala que *“durante el tiempo servido ... realizó labores bajo la continuada subordinación y dependencia, cumpliendo órdenes y el horario de trabajo impuesto, y en las mismas condiciones de los demás funcionarios del Fondo Nacional del Ahorro”*. Que la remuneración salarial siempre fue inferior a las que percibían los demás trabajadores de planta, y cumplía en el FNA el mismo horario de estos, es decir, de 8am a 5pm, de lunes a viernes y ocasionalmente los sábados y domingos. Narra que mediante memorial expedido por Sertempo Cali S.A., con fecha 29 de agosto de 2014, le informan que al terminar la jornada laboral se daría por terminado el contrato de trabajo, e indica que el 21 de septiembre de 2016, radicó en las oficinas del FNA solicitud de reconocimiento de acreencias laborales.
3. El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 2 de octubre de 2017, admitió la demanda y ordenó notificar a las demandadas y a la Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado (pág. 127-128 PDF 01).
4. La empresa Summar Temporales S.A.S. se notificó personalmente el 12 de febrero de 2018 (pág. 139 PDF 01); contestó la demanda por intermedio de apoderado judicial; se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a la existencia del contrato trabajo, señaló: *“El señor demandante laboro (sic) para SERTEMPO hoy SUMMAR TEMPORALES SAS, a través de 2 CONTRATOS DE TRABAJO POR EJECUCION DE OBRA O LABOR en misión, para la usuaria CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS SAS”*; el primero, desde el 8 de marzo de 2013 al 19 de mayo de 2014 en el cargo de analista de solución y soluciones y consultas, y desde el 20 de mayo de 2014 al 29 de agosto de 2014 como auxiliar administrativo. Adujo que no es cierto que hubiese laborado para el FNA, y que fue enviado el trabajador en misión para la usuaria CARVAJAL TYS. Aceptó que se le dio por terminado el contrato de trabajo, acorde con lo establecido en el artículo 31 Numeral 1 literal d) del CST. Propuso las excepciones de fondo de

pago, cobro de lo no debido, inexistencia de intermediación laboral, inexistencia de mala fe y prescripción de las acciones (pág. 140-151).

5. Carvajal Tecnología y Servicios SAS se notificó personalmente el 28 de febrero de 2018 (pág. 208 PDF 01). Se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó *“se anota que mi representada desconoce por completo las condiciones laborales que operan al interior del FNA, pero se precisa que el demandante, en su condición de trabajador en misión, estuvo bajo subordinación de su empleador SUMMAR TEMPORALES S.A.S. y mi representada como empresa usuaria, por delegación de la primera”*. Asimismo, señaló: *“Ahora bien, de acuerdo con ello se hace necesario precisar que respecto del FONDO NACIONAL DEL AHORRO mi representada ha sostenido distintos vínculos contractuales en virtud de la celebración de contratos estatales cuyos objetos se encuentran debidamente identificados en sus textos, los cuales se aportan con este escrito de contestación de demanda, pero que específicamente fueron orientados a brindarle al FONDO NACIONAL DEL AHORRO los servicios, en modalidad de outsorsing (sic), la ejecución de las actividades operativas de la División de Afiliados y Entidades del FNA, según se describe en el documento denominado “SOLICITUD DIRECTA No. 70 DE 2011” que igualmente se aporta al proceso, que además contiene las especificaciones de los procesos contratados por el FNA a mi representada, como el procesamiento de los reportes de afiliados del sector privado; el proceso de acompañamiento y asesoría técnica a entidades registradas para la utilización de herramientas de validaciones y pago electrónico de reportes, entre otros”*. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de solidaridad entre las demandas (sic), prescripción y cobro de lo no debido. (pág. 224 a 234 PDF 01). De otro lado, llamó en garantía a la Compañía Mundial de Seguros S.A., para que *“en el evento de condenarse a mi representada en su condición de usuaria de los servicios prestados por SUMMAR TEMPORALES S.A.S. y dado que existe a favor de CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SEVICIOS S.A.S. y de TERCEROS AFECTADOS varias pólizas que garantizan eventuales condenas como las que se reclaman en la demanda ordinaria laboral instaurada por el señor JULIO HELI JIMENEZ GÓMEZ, la Aseguradora responda por las sumas objeto de condena, con base en las pólizas de seguro de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual contratadas respecto del contrato de prestación de servicios cuyo objeto es la prestación de servicio a través de trabajadores en misión”* (pág. 402 a 414 PDF 01).
6. El FNA contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos indicó que *“Entre el demandante y mi representada no hubo vínculo laboral alguno, ni como trabajador oficial ni empleado público, así como tampoco fue trabajador en misión. Lo cierto es que como se desprende de los mismos documentos allegados en la demanda, la vinculación laboral fue entre el demandante y SUMMAR TEMPORALES S.A.S. y CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS S.A.S”*. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas al FNA como empleador del demandante, buena fe, compensación, prescripción, inexistencia de la relación laboral ente el demandante y el FNA (pág. 487-502), Finalmente, llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., para lo cual señaló que

“es aseguradora y garante del cumplimiento del contrato estatal No. 471 de 2013 con CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS S.A.S. para garantizar el pago de los perjuicios derivados de incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado originados en virtud de la ejecución del contrato No. 471 de 2013, cuyo objeto es la contratación de procesamiento de reporte de cesantías y captura en el sistema del Fondo Nacional del Ahorro” (pág. 514-517).

7. Por auto (sin fecha) el juzgado tuvo por contestada la demanda por las demandadas. Asimismo, admitió los llamamientos en garantía realizados a la Compañía Mundial de Seguros y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (pág. 518-519).
8. Compañía Mundial de Seguros S.A. no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda, al considerar que no van dirigidas contra la empresa que representa. Sostuvo que no le constan los hechos de la demanda. Respecto de los hechos del llamamiento en garantía señaló que la póliza No. 100001026 no tiene cubrimiento en las pretensiones de la demanda porque solo son por salarios y prestaciones sociales. Adujo que la póliza no puede ser afectada porque *“la condición para que se de el cubrimiento de la póliza, es el no cumplimiento por parte del tomador en el pago de las prestaciones sociales y como se ha dicho, el empleador SUMMAR TEMPORALES S.A.S antes SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES CALI S.A. si pago (sic) salarios y prestaciones, solo que la parte demandante se encuentra solicitan (sic) una nivelación salarial con respecto a los empleados del F.N.A. y esta situación ya no es cubierta por la póliza en mención ya que el asegurado en este caso es CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.”* Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa, prescripción, falta de legitimación en la pasiva, buena fe y límite de aseguramiento (pág. 552 a 571).
9. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones; manifestó que no le constan los hechos de la misma, propuso la excepción innominada o genérica, la de coadyuvancia de las excepciones propuestas por el FNA, inexistencia de solidaridad entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, buena fe, cobro de lo no debido, pago, compensación, prescripción extintiva de la acción. Frente al llamamiento en garantía señaló que es cierto que celebró el contrato de seguro de cumplimiento entidades estatales con póliza número 1501313001259, con tomador y afianzado Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. y con asegurado y beneficiario FNA, sin embargo, su vigencia es del 30 de diciembre de 2013 al 30 de enero de 2018. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación de indemnizar por no existir siniestro, ausencia de cobertura de los hechos ocurridos por fuera de la vigencia de la póliza, exclusiones aplicables al amparo de pago de salarios y prestaciones sociales, límite del valor asegurado, reducción de la suma asegurada por pago de indemnización, otras exclusiones

y garantías pactadas en la póliza, prescripción, coaseguros, compensación, buena fe y nulidad relativa (pág. 583-610).

10. Por auto del 5 de febrero de 2019 se inadmitió la contestación de las llamadas en garantía (pág. 647-648) y mediante auto del 19 de septiembre de 2019 el Juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de tales entidades y señaló el 30 de julio de 2020 para las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS (pág. 680 PDF 01), reprogramándose para el 12 de noviembre de 2020 (PDF 09). Diligencia que se realizó y señaló el 3 de febrero de 2021 para continuar (PDF 19). Se fijó el 26 de febrero de 2021 para proferir el fallo (PDF 26), la cual se reprogramó para el 5 de marzo del mismo año.

11. El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 5 de marzo de 2021 (FDF 31) declaró que entre el demandante y Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., existió un contrato de trabajo vigente del 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014, y que la sociedad Summar Temporales actuó como simple intermediaria, declaró probada las excepciones de inexistencia de la relación laboral entre el demandante y el FNA; y condenó a Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. a pagar a favor del actor, la suma de \$1.410.673,33 por concepto de indemnización por despido injusto; condenó de manera solidaria a Summar Temporales S.A.S y al FNA de las condenas impuestas; absolvió de las demás pretensiones; declaró probada la excepción de ausencia de cobertura de hechos ocurridos por fuera de la vigencia de la póliza y no probadas las demás excepciones propuestas por Mapfre Seguros de Colombia, y condenó a esta llamada en garantía a responder por el monto de las condenas, hasta el monto de lo asegurado y por el tiempo de vigencia de la misma, este es, desde el 30 de diciembre de 2013; negó las pretensiones solicitadas en contra la Compañía Mundial de Seguros S.A.; y condenó en costas a las demandadas, tasándose las agencias en derecho en 2 SMLMV.

12. Frente a la anterior decisión, las partes interpusieron recurso de apelación.

El apoderado de la parte **actora** sostuvo: *“Si bien el despacho fue juicioso en analizar el tema del contrato realidad, en su tema legal y jurisprudencial respecto de las facultades que tienen algunas empresas para contratar personal en misión como fue declarado en la presente sentencia, discierno de esta decisión en cuanto se establece que la verdadera relación laboral se sostuvo con Carvajal y no con el Fondo Nacional del Ahorro. Desde los alegatos de conclusiones y desde la presentación de la demanda se indica que Carvajal y Summar, fueron unas intermediarias, que dentro del presente proceso se dio una doble intermediación laboral, si es el caso como es el de la decisión tomada por el despacho de indicarle que Carvajal fue la empresa usuaria inicial de la empresa Summar Temporales y que nada tuvo que ver la relación laboral con la que sostuvo con el Fondo Nacional del Ahorro. Es claro indicar que en últimas, la empresa beneficiaria del uso de los*

servicios del señor Julio Heli fue el Fondo Nacional del Ahorro y no Carvajal, desde su vinculación, con un contrato de obra o labor, a través de empresas temporales no realizó sus funciones ni un solo día dentro de la empresa Carvajal, fue enviada de manera inmediata a trabajar dentro del Fondo Nacional del Ahorro, donde este ejerció todas sus funciones bajo la subordinación del Fondo Nacional del Ahorro, más allá que acá no está en gracia de discusión la subordinación, ya que las empresas usuarias, pues en este caso sería Carvajal, era la persona encargada de suministrar toda la subordinación a mi representado el señor Julio y no el Fondo Nacional del Ahorro. Mal haría también este despacho con su decisión negar la pretensión del Fondo Nacional del Ahorro, ya que estaría habilitando a esta entidad para que siga contratando personal a través de empresas, a través de licitaciones públicas por outsourcing, ya que la misma, Fondo Nacional del Ahorro, como se demostró con los testigos del señor Jonathan y el señor Gabriel, viene contratando personal, a través de empresas temporales. Caso distinto se dio con el señor Julio que existió una empresa intermediaria, que es la empresa Carvajal, pero sus funciones fueron a ser ejercidas dentro del Fondo Nacional del Ahorro en el giro ordinario, como se logró demostrar con ellos también, que las funciones que ejercía eran de documentación allegada a esta entidad y que pues obviamente se mantiene en el tiempo las funciones realizadas por el señor Julio en el Fondo Nacional del Ahorro. También en el tema, respecto a que no se demostró la diferencia salarial, por no señalar un nombre de una persona específica que cumplía las mismas funciones, con qué otra prueba se puede demostrar que con el manual de funciones, donde se estableció que las funciones desarrolladas por el señor Julio Helí, correspondían a un cargo en la división de afiliados y entidades como técnico administrativo dos, cuya función, nombre y dirección, están identificadas en un manual de funciones, del tomo 11 parte 2 volumen 5, pruebas documentales allegadas por el apoderado del Fondo Nacional de manera oportuna. Allí se establecen las funciones realizadas por personal de planta en esta división y con este cargo. Funciones que se demostraron con los testimonios del señor Gabriel Jonathan, donde indicaron que conocieron al señor Julio en esta división, que conocían que sí había personas con la denominación y con las funciones que cumplía el señor Julio en el mismo horario, en el mismo espacio, existía diferencia salarial, como se demostró con las pruebas que están en las documentales el señor Julio tenía una asignación salarial entre el 2013 y 2014 de \$1.040.400. y en el año 2014 de \$1.166.600, salario que esto es diferente al recibido por un auxiliar administrativo 2, que para el año 2013 recibió \$1.270.000 y en el 20014 \$1.334.000. Que al decretarse esta diferencia salarial, obviamente cabe las pretensiones respecto al pago de las diferencias en cesantías, intereses, primas, vacaciones que afecta también la indemnización por despido sin justa causa y, claro está, la indemnización moratoria que trata el artículo 65. También su señoría, pues si bien el despacho indicó que la relación laboral, no existió con el Fondo Nacional del Ahorro, sino con la empresa usuaria Carvajal, no se tuvo en cuenta en este caso si no se acceden a las otras pretensiones, la diferencia salarial que se presentó en el año de 2014, ya que el señor Julio inició laborando con un salario en enero de 2014 de \$1.040.000 y que solamente hasta el 20 de mayo del 2014 se le aumentó \$26.000 al salario. Este monto también se nota una diferencia que causaría una diferencia en lo que se reportó en las prestaciones sociales, lo que acarrearía también una diferencia en sus liquidaciones al terminar su vínculo laboral. Por lo anterior, ruego a los H. Magistrados del Tribunal Superior, se revoque la sentencia y se decrete que el Fondo Nacional del Ahorro fue el verdadero empleador que se reconozca el señor Julio Heli en el cargo que se solicita como auxiliar administrativo grado dos, teniendo en cuenta las diferencias que se reconozcan las diferencias en las prestaciones

sociales, que se reconozca la diferencia en la indemnización por despido sin justa causa y que se reconozcan la indemnización moratoria por la empresa Fondo Nacional del Ahorro, por obrar de mala fe a través de una doble intermediación en este caso.

El apoderado de **Summar Temporales** adujo: “...inicialmente la empresa Summar Temporales SAS se encuentra habilitada por el Ministerio de Trabajo, conforme Resolución número 018 del 3 de octubre de 1983, para funcionar como empresa de servicios temporales. En este orden de ideas, su objeto social consiste únicamente en suministrar personal temporal en misión según las necesidades de las empresas usuarias. La contratación laboral para una empresa de servicios temporales se encuentra supeditada a la Ley 50 de 1990, artículo 71 y siguientes del Decreto 4369 del 2016 y siguientes, decreto único reglamentario en materia laboral, también Ley 1072 encontrándose facultada para contratar trabajadores en misión para cumplir con los servicios de contratación temporal, por lo cual se contrató en su momento como trabajador en misión al demandante señor Julio Helí. Los cargos contratados fueron de apoyo temporal. Iniciando un primer contrato con el cargo de analista de solución de soluciones, fecha de inicio del 8 de marzo del 2013 y el final sería el 19 mayo del 2014. Un segundo contrato de trabajo en el cargo de auxiliar administrativo, fecha de inicio del 20 de mayo de 2014, fecha de finalización, 29 de agosto del 2014. El demandante quedó subordinado a la empresa usuaria Carvajal S.A.S. pero sólo en lo que se refiere a órdenes relacionadas con el marco establecido con el objeto del vínculo laboral, la empresa de servicios temporales delegó la subordinación frente a los trabajadores en misión, de manera que está facultado para exigirle o le de órdenes, pero esta facultad no se ejerce por derecho, sino en virtud de la delegación o representación que hace de Summar Temporales S.A.S. La empresa de servicios temporales no interviene en los procedimientos que internamente tenga nuestra usuaria. Tampoco hay una división de trabajo, siendo Summar Temporales una empresa de servicios temporales, quien siempre fungió como su verdadero empleador. El trabajador en misión queda subordinado al tercero, pero sólo en lo que se refiere a órdenes relacionadas con el modo, tiempo, calidad de trabajo con el marco establecido, en el mundo laboral, que debe estar a su vez en concordancia con el contrato comercial en el que se precisa el servicio temporal de colaboración que pactare Summar con la empresa de servicios temporales. Lo anterior no implica, en ningún momento, que la empresa de servicios temporales pierda la potestad que le corresponde como verdadera empleadora que es, y conserva la disciplina y la posibilidad de asumir la subordinación, ya que no enajena, transfiere ni se traslada al usuario que contrata el servicio de algún trabajo, sino que se delega de manera que pueda ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, de manera que está facultado para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al trabajo. Sumar Temporales fungió como verdadera empleadora del demandante en los contratos de trabajo ya determinados, suscrito con este contrato de trabajo, suscribiendo contrato de obra o labor contratada, en calidad de trabajador en misión para desempeñar sus funciones en la empresa usuaria Carvajal Tecnología y Servicios, en virtud de una relación comercial entre las dos empresas a través de un contrato de prestación de servicios para el suministro de personal en misión, mas nunca aceptó como predica fue una simple intermediaria, aunque no se cumple con los requisitos. Téngase en cuenta que Sumar Temporales S.A.S. canceló en su momento la totalidad de las acreencias laborales por concepto de los dos vínculos laborales, quedando a paz y salvo. Por todo lo anteriormente expuesto, respetuosamente

apeló la sentencia proferida en la fecha por su despacho y me opongo a su fallo por las condenas impuestas a cargo de mi representada, a fin de que el superior revoque lo dispuesto”.

La apoderada de **Carvajal Tecnología y Servicios** manifestó “...en este caso, pues no se da ninguno de los presupuestos que le permitan al despacho declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Carvajal, Tecnología y Servicios en la forma como se dispuso en el numeral primero de la sentencia que fue, pues posteriormente aclarado en cuanto a la parte condenada, pues si nosotros observamos desde el mismo escrito de demanda, ninguna de las pretensiones de la misma se dirigen a que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Carvajal, Tecnología y Servicios es claro que en este caso, que Carvajal Tecnología y Servicios no funge ni como empleador ni tampoco como simple intermediario, pues de acuerdo con lo que está debidamente acreditado con las pruebas que se recaudaron en este expediente, es claro que el único y verdadero empleador fue la empresa Summar Empresa de Servicios Temporales a la cual acudió mi representada dentro de las previsiones establecidas en la Ley 50 del 90 y demás disposiciones normativas que regulan la contratación a través de empresas de servicios temporales. En este caso de lo que uno puede observar en el plenario es que efectivamente, en virtud de ese contrato de suministro de personal al cual Carvajal Tecnología y Servicios acudió a Summar Temporales SAS. se vincula al demandante por esta última mediante contratación laboral y contrario a lo que estimó el despacho que básicamente pues establece un único contrato de trabajo que efectivamente ello no es así, en la medida en que esa contratación que le hizo Summar Temporales respecto del demandante se dio bajo la suscripción de 2 contratos de trabajo que fueron independientes, fueron diferentes en la medida en que ni siquiera tienen identidad ni el salario, ni en el cargo ni en las actividades que desarrollaron. No podemos establecer en este caso un único contrato de trabajo, en la medida en que no está probado que las actividades que hubiese desarrollado el demandante en uno y otro contrato fueran las mismas, si bien el despacho, pues asume que se dio una única vinculación laboral y que de allí parte para determinar que se extralimitó en cuanto a la temporalidad, era que quizás los perfiles tenían alguna identidad, no toda, y en esa medida pues ese no puede ser el único elemento indicativo de que se tratara de las mismas actividades, en este caso, inclusive si nosotros revisamos el salario, pues el salario es diferente, entonces allí uno se preguntaría si el demandante hubiese desarrollado durante la vigencia de esos dos contratos de trabajo, con Summar las mismas o idénticas actividades y con salarios diferentes, pues seguramente hubiese presentado alguna reclamación, pero en el proceso ni siquiera el demandante acredita que en vigencia de esos dos contratos de trabajo con Summar hubiese presentado alguna objeción. En este caso además, pues hay que precisar que de lo que se evidencia inclusive el mismo despacho, así lo admiten en la sentencia, respecto del trabajador, Summar que era el único y verdadero empleador cumplió con todo el pago de acreencias laborales, entonces, en este caso lo que uno evidencia es que efectivamente, el único y verdadero empleador, pues la empresa Summar como inclusive así se respalda por el apoderado de esta empresa en la sustentación del recurso de apelación, es decir, que Carvajal, Tecnología y Servicios ni es empleador y tampoco es simple intermediario, Carvajal, Tecnología y Servicios, fungió en este caso como usuaria de los servicios temporales de Summar y como contratante de unos servicios o de unos contratos estatales que celebró y ejecutó con el Fondo Nacional del Ahorro. Entonces bajo ese aspecto, pues no puede establecerse que efectivamente Carvajal, Tecnología y Servicios fuera el verdadero empleador del demandante, porque ni siquiera así está

solicitado en la demanda, y no lo solicita porque es tan claro para el demandante que efectivamente el empleador no era Carvajal Tecnología de Servicios que respecto de ella, ni siquiera le es atribuible un supuesto incumplimiento del pago de sus acreencias laborales, en esa medida, pues lo que se tiene es que efectivamente los contratos de trabajo que ejecutó el demandante que, se insiste, no fue una única relación laboral, sino dos relaciones laborales independientes, efectivamente lo fueron con la empresa Summar Temporales SAS, quien fue el verdadero empleador y cumplió con el pago de todas las acreencias laborales a favor del demandante. Igualmente, se destaca que en esos dos contratos de trabajo que desarrolló el demandante, son diferentes, no sólo en la temporalidad, sino en el objeto, y esto inclusive se puede identificar con el cargo del que se denominó para cada uno de esos contratos y obviamente el salario, porque el salario era diferente, por eso no es cierto, como lo acredita el despacho que hubiese existido un único contrato de trabajo y menos aún que lo fuera con Carvajal, Tecnología y Servicios. En este orden de ideas, pues si Carvajal Tecnología y Servicios efectivamente no tiene la calidad de empleador como tampoco de simple intermediario, pues no puede a ella tampoco imputársele una condena como la establecida en el despacho en el numeral tercero de la sentencia por concepto de indemnización por despido sin justa causa, pues si no era la empleadora, no estaba ella ni en la facultad ni en la posibilidad de generar un despido. En este caso es evidente que el contrato de trabajo que existió entre el demandante y Summar Temporales SAS culminó dentro del modo legal que establece nuestra legislación, como lo fue la culminación de la obra para la cual había sido contratado, que es un modo de terminación completamente distinto a la decisión unilateral que, en este caso, ni siquiera fue una decisión de mi representada porque ella no fungió como empleador. En esa medida, pues en este caso considera mi representada que ni siquiera está probado el hecho del despido porque no se acredita que la decisión de la finalización del contrato de trabajo con el demandante proviniera de Carvajal, Tecnología y Servicios porque, se insiste, ella no era la empleadora, entonces, en esa medida, si el demandante no acredita el despido y si la decisión de la terminación del contrato ni siquiera obedece a ese modo de terminación y mucho menos de mi representada, pues no se le podía trasladar a Carvajal, Tecnología y Servicios la carga de demostrar que existiera una justa causa, porque efectivamente el contrato no termina bajo ese modo legal de terminación y en esa medida pues no puede a ella hacérsele responsable de un acto que ni siquiera comete, que es el despido del demandante. Por consiguiente, pues no hay lugar a mantener esa condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa, que esa es la que, a ella, en cuanto a la parte condena económica, se le imputa. Igualmente, pues este recurso también se extiende a lo que el despacho resuelve en relación con la no prosperidad del llamamiento en garantía, en la medida que mi representada insiste que con base en las pólizas que se suscribió por parte de Summar y la Compañía Mundial de Seguros, efectivamente las lo que es objeto de esta condena que no se está admitiendo la condena, pero sí en el remotísimo caso que el Tribunal dispusiera mantenerla, pues debe darse lugar a la prosperidad del llamamiento en garantía como quiera que Carvajal su relación con Summar que puede a través de ella que el demandante entra a prestar sus servicios como trabajadores misión. Y de allí es de donde se deriva esa condena para mi representada, pues es obvio que con base en las pólizas que se suscribieron, la Compañía Mundial de Seguros efectivamente sí entraría a cubrir respecto de las pólizas que Summar, tomó y que cubren esos contratos de suministro de personal que celebró con mi representada, por ende, pues considera mi mandante que de llegarse a mantener esa condena a cargo suyo, en este caso sería la llamada en garantía la que tendría que entrar a respaldar las

sumas objeto de esa condena con base en las pólizas que se suscribieron y que están acreditadas en el expediente. En este orden de ideas, señora juez y para concluir la sustentación del recurso efectivamente, pues en este proceso no puede establecerse como el empleador a la empresa Carvajal Tecnología y servicios, pues ella únicamente fungió en calidad de empresa usuaria de los servicios de suministro de personal por parte de Summar temporales SA. y como contratante frente a unos contratos estatales que se suscribieron con el Fondo Nacional del Ahorro. En este caso el único y verdadero empleador es la empresa Summar Temporales SAS y ello inclusive se respalda que en la medida en que la ejecución de esos dos contratos de trabajo que existieron con el demandante nunca medió un reclamo, y en esa medida pues considera mi representada que ese sí es un elemento indicativo de la calidad del demandante respecto de la identificación de su único y verdadero empleador, que fue la empresa Summar Temporales SAS. En esa medida, pues, se considera que se debe revocar la sentencia, para que se absuelva, inclusive no solamente a Carvajal Tecnología y Servicios, sino a las demás codemandadas, en la medida en que efectivamente el único verdadero empleador que fue Sumar Temporales SAS cumplió con todas sus obligaciones que le corresponden en esa calidad, pagando salarios, prestaciones y aportes sin que exista ninguna suma a favor del demandante como inclusive en ese aspecto lo destaca la señora juez, es evidente que tampoco existió un contrato de trabajo ni con el Fondo Nacional del Ahorro ni con mi representada, y en esa medida, pues lo que procede en este caso es revocar las condenas y absolver de todas y cada una de las pretensiones con base en lo que ya se ha manifestado y que está debidamente sustentado con el material probatorio que reposa en el expediente”.

El apoderado del **FNA** arguyó: “En relación al numeral tercero que condenó al pago de la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, se debe tener en cuenta que lo que obra en el expediente precisamente que la terminación del contrato de trabajo del accionante finalizó por la culminación de la obra o labor contratada y en ningún momento se dio una terminación injusta, el accionante no acreditó de ninguna manera que su contrato había finalizado o que la obra o labor para la cual él había sido contratado había continuado. Por lo tanto, la carga de la prueba tenía el actor en este sentido, y no fue acreditada. En relación a la solidaridad, el punto número cuarto de la sentencia, en el cual se condenó solidariamente al Fondo Nacional del Ahorro a pagar la condena de la indemnización para la terminación del contrato, el despacho la sustentó en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre este particular deseo manifestar que si bien la sociedad Carvajal, Tecnología y Servicios fue un contratista independiente en relación al contrato estatal que suscribió con mi representada Fondo Nacional del Ahorro, las actividades contratadas por el Fondo Nacional con la aludida empresa son ajenas a las actividades normales del desarrollo de su objeto principal. Nótese que el procesamiento de la información de afiliados, gestión documental y archivo de la información del Fondo Nacional del Ahorro no hace parte del giro ordinario de mi representada, tal y como lo señala la ley 432 del 98, el decreto 1454 del 98, normas que establecen los estatutos del Fondo Nacional del Ahorro y que dispone claramente cuáles son sus funciones, las cuales manifiesto que corresponden al recaudo de cesantías de los afiliados, la protección de los auxilios recaudados contra la pérdida del valor adquisitivo, adelantar programas de crédito para comprar viviendas que permitan mejorar los problemas que en esta materia se tienen con los afiliados, administrar los recursos nacionales del subsidio familiar de vivienda, exigir las garantías y contratar las pólizas de seguro necesarias para la protección de la cartera hipotecaria, establecer métodos de instrumentos adecuados para

constituir las reservas suficientes y promover el ahorro nacional. Por lo tanto, reitero que el objeto contractual que se dio entre Carvajal, Tecnología y Servicio SAS y el Fondo Nacional del Ahorro no hace parte del giro ordinario de las actividades permanentes de mi representada, requisito que exige el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo para que se depreque la solidaridad por parte del contratante, esta norma indica de manera literal, dice: pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra, a menos de que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, serán solidariamente responsable con el contratista, por el valor de los salarios y las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derechos de los trabajadores. Aterrizado el caso concreto, el contratista independiente es la sociedad Carvajal, Tecnología y Servicios, quien ejecutó el objeto del contrato estatal suscrito con el Fondo Nacional del Ahorro por sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, autonomía que le otorgaba la facultad de vincular personal de manera directa a través de otros medios y si bien era beneficiario del servicio de contratos estatales el Fondo Nacional del Ahorro, insisto que la actividad contratada no hace parte de las actividades propias del giro ordinario de la empresa, tal y como lo regulan las normas antes mencionadas. Tan es así que precisamente el Fondo Nacional del Ahorro, pues tenía y tiene la facultad legal de tercerizar el servicio con un tercero, que se especializa en dichas actividades, como efectivamente lo hizo con Carvajal, Tecnología y Servicios SAS, por lo tanto, considero que no hay aplicación de la solidaridad del artículo 34 y la única que debió haber estudiado el despacho fue la solidaridad en relación al tema de la contratación entre las empresas de servicios temporales y las empresas usuarias, establecido en el parágrafo primero del artículo 20 del Decreto 4369 de 2006, la cual tampoco le aplicaría a mi representada Fondo Nacional del Ahorro. Como último punto que solicito sea revisado por parte del Tribunal, está relacionado con el numeral 10° de la sentencia relacionado en consonancia con las costas, las cuales indicó el despacho que corresponden a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una de las demandadas, la cual es una suma que considero que es muy alta teniendo en cuenta el valor de la condena. En los anteriores términos dejo sentado mi recurso reiterando que solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial se revoquen los numerales tercero, cuarto y décimo de la sentencia”.

Finalmente, **Mapre Seguros de Colombia S.A.** manifestó: “Primero, la juez desconoció la ausencia de cobertura de hechos ocurridos por fuera de la vigencia de la póliza. En el trámite de la primera instancia se pretendía la reclamación frente acreencias laborales del señor Julio Heli Jiménez Gómez, por hechos ocurridos entre el 8 de marzo de 2013 y el 29 de agosto de 2014, fecha inicial para la cual no se encontraba vigente el contrato de seguro de cumplimiento de entidades estatales con póliza número 15013131259, con Amador y afianzado Carvajal, Tecnología Servicios SAS y como asegurado beneficiario el Fondo Nacional del Ahorro, como quedó evidenciado el contrato de seguro de cumplimiento, entidades estatales con póliza número 1501313001259 con tomador y afianzado Carvajal, Tecnología de Servicios S.A.S., y como beneficiario al Fondo Nacional del Ahorro, inició vigencia sólo el 30 de diciembre de 2013. Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro referenciado, sólo se amparan los siniestros ocurridos dentro de la vigencia de la póliza, sin tener en cuenta la fecha en que la reclamación se hubiera presentado durante la vigencia de la póliza, quedando excluidos de cobertura los daños causados por siniestros acaecidos fuera la vigencia de la póliza. En ese orden de ideas, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. no está

obligado a indemnizar, pagar o reembolsar suma alguna derivada de los hechos narrados en la demanda, en la sentencia y en la aclaración de la sentencia, dado que estos se encuentran excluidos de cobertura por haber ocurrido por fuera de la vigencia de la póliza suscrita. La señora juez desconoció lo indicado expresamente en el artículo 1073 del Código de Comercio que indica. “Si el siniestro ha iniciado antes y continuado después de vencido el término de seguro consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada que el asegurado responde el valor de la indemnización en los términos del contrato, pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta de la aseguradora, este no será responsable por el siniestro”. Segundo argumento del recurso de apelación, exclusiones aplicables al amparo de pago de salarios de salarios y prestaciones sociales. El amparo de pago de salarios y prestaciones del seguro de cumplimiento de entidades estatales con póliza número 1501313001259 y que se pretende afrontar con el llamamiento en garantía realizado por el Fondo Nacional del Ahorro, y al ser condenada, protege al asegurado contra los perjuicios originados en el incumplimiento por parte del garantizado de las obligaciones nombradas en los sentidos y alcances que se le asigna a la legislación laboral, relacionadas con el personal utilizado para el cumplimiento del contrato descrito en el certificado de aplicación, siempre y cuando se demuestre la solidaridad patronal. El objeto del contrato de seguro de cumplimiento del llamado garantía es “garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento en las obligaciones a cargo del garantizado, originados en virtud de la ejecución del contrato de 471 de 2013, cuyo objeto de la contratación de procesamiento de reportes de Cesantías y captura en el sistema del Fondo Nacional Ahorro, de acuerdo con el procedimiento establecido para cada una de las actividades.” Se debe recalcar que la cobertura otorgada sólo cubre las obligaciones descritas y los perjuicios causados durante la vigencia de las obligaciones aseguradas y la del amparo otorgado, razón por la cual de ninguna manera responder por obligaciones diferentes a las causadas u obligaciones causadas con anterioridad o posterioridad a la vigencia y condiciones pactadas en la póliza. De tal manera que la aseguradora no estaba obligada a reconocer sanciones, indemnizaciones moratorias, intereses, obligaciones parafiscales, cosas u otras sumas de dinero que no correspondan a salarios o prestaciones sociales que se hubieran originado del incumplimiento del contrato garantizado, siempre y cuando se terminara la relación patronal con el afianzado. Tercero: La juez condenó al pago pese a la inexistencia de solidaridad entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria. De acuerdo con las pruebas decretadas y practicadas en el trámite de primera instancia, el señor julio Heli Jiménez Gómez laboró para Summar Temporales a través de dos contratos de trabajo por ejecución de obra o labor en misión para las usuarias Carvajal, Tecnología y Servicios así. Al respecto, debe tenerse presente que las empresas de servicios temporales, como lo es Summar temporales S.A.S. quien cuenta con resoluciones de funcionamiento otorgada por el Ministerio del Trabajo y con objeto social para ello, es la única empleadora frente al señor Julio Heli Jiménez Gómez, con quien celebró contrato de trabajo, las empresas usuarias como la de Carvajal, Tecnología y Servicios S.A.S., no responden solidariamente por las prestaciones laborales del trabajador en misión. Pese a lo anterior, el juzgador en primera instancia declaró la solidaridad de las demandadas. Siguiente argumento: El Juez desconoció que en el presente caso se presentaba cobro de lo no debido, la parte que represento no adeuda suma alguna al demandante ni nada de lo solicitado en la demanda le corresponde reconocer pagar a la sociedad asegurada. Lo anterior teniendo en cuenta que entre el demandante y Fondo Nacional del Ahorro y

Carvajal, Tecnología y Servicios jamás existió una relación laboral, comercial o relación de otro tipo que diera origen al pago de prestaciones laborales a favor del señor julio Heli Jiménez Gómez. Siguiendo, el juzgado declaró la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A pese a la inexistencia de la obligación de indemnizar por no existir siniestro. El siniestro es la ocurrencia del riesgo asegurado, en este evento el riesgo no ocurrió, lo anterior teniendo en cuenta las siguientes consideraciones que fueron acreditadas en primera instancia, y pese a ello, la señora juez falló en contra de mi representada. Como se evidenció en el proceso entre el demandante Julio Heli Jiménez Gómez, la empresa usuaria Carvajal, Tecnología y Servicios, y el Fondo Nacional del Ahorro, jamás ha existido una relación laboral, comercial o de otro tipo que diera origen al pago de las prestaciones laborales. Por otra parte, y de acuerdo con las pruebas documentales recaudadas en el trámite de primera instancia, el señor Julio Heli Jiménez Gómez laboró para Summar Temporales a través de dos contratos de trabajo por ejecución de obra o labor en misión para los usuarios Carvajal, Tecnología y Servicios. Al respecto, debe tenerse presente que las empresas de servicios temporales, como lo es Summar Temporales, quien cuenta con resolución de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Trabajo y con objeto social para ello, fue la única empleadora frente al señor Julio Heli Jiménez Gómez, con quien celebró los contratos de trabajo. La empresa usuaria, como lo fue Carvajal, Tecnología y Servicios SAS no responde solidariamente por las prestaciones laborales del trabajador en misión, en consecuencia al no existir la obligación alguna del Fondo Nacional del Ahorro ni Carvajal, Tecnología y Servicios frente a las acreencias laborales que fueron reclamadas, ni habiéndose demostrado la solidaridad patronal o la simple intermediación laboral en los hechos que se demanda, no existe obligación alguna de indemnizar, pagar, reembolsar suma alguna derivada de los hechos narrados en la demanda. Adicionalmente a lo expuesto, la parte demandante no logró acreditar que el señor Julio Heli Jiménez Gómez desarrolló actividades laborales directas de la ejecución del contrato garantizado contrato número 471 de 2013, suscrito entre Fondo Nacional del Ahorro y Carvajal, Tecnología y Servicios. En otras palabras, si no se cumplen las condiciones pactadas en el contrato de seguro no existe responsabilidad del asegurador de indemnizar”

- 13.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 22 de junio de 2021; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se corrió traslado a las partes para alegatos de conclusión, dentro del cual la parte demandante guardó silencio.

El apoderado de **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.** señaló que la reclamación frente a las acreencias laborales a favor del actor por los hechos ocurridos entre el 8 de marzo de 2013 y el 29 de agosto de 2014, no estaba vigente el contrato de seguro de cumplimiento entidades estatales con póliza número 1501313001259, como tomador y afianzado Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. y como asegurado y beneficiario el FNA, pues inició la vigencia solo el 30 de diciembre de 2013. Asimismo, indicó que la aseguradora no está

obligada a reconocer sanciones, indemnización moratoria, intereses, obligaciones parafiscales, costas y otras sumas de dinero que no correspondan a salario o prestaciones sociales que se hubiesen originado del incumplimiento del contrato garantizado, siempre y cuando se determine la relación patronal con el afianzado.

La demandada **Summar Temporales SAS** reiteró los argumentos del recurso de apelación e insistió que con el demandante existieron dos contratos de trabajo, donde fungió como empleadora dicha empresa y que le canceló las respectivas acreencias laborales.

Mundial de Seguros manifestó que la a quo encontró “*demostrado que SUMMAR TEMPORALES S.A.S., antes SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES CALI S.A., cumplió con los pagos de los salarios contractualmente pactados, y sobre el llamamiento en garantía que realiza CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS se tiene que las pólizas que cubren el pago de las prestaciones sociales no se pueden ver afectadas toda vez que estas garantizan el incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de SUMMAR TEMPORALES S.A.S. antes SERVICIOS TEMPORALES CALI S.A. y dado que esta efectuó el pago de salarios y prestaciones y liquidación de prestaciones ya y como la parte demandante lo indicó, es por ello que al no haber incumplimiento, no hay lugar a afectación de la póliza*”.

Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. indicó que quien contrató los servicios del demandante no fue el FNA, ni Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. sino que fue la empresa de servicios temporales SUMMAR y, por tanto, esta es la verdadera empleadora. Señaló que para dar cumplimiento al objeto de los contratos estatales suscritos por Carvajal Tecnología y Servicios y el FNA, acudió a la empresa Summar Temporales S.A.S. para que le colaborara temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el envío de trabajadores en misión.

Si bien aparece un archivo denominado como “*11AlegatosDemandadoFNA.*”, el documento contiene un poder y una sustitución del mismo.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar los recursos ante la juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así entonces, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son i) analizar si

quedó acreditada la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. del 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014, como lo concluyó la a quo, o si el mismo existió con el FNA; o si contrario a ello, el empleador fue la empresa Summar Servicios Temporales, como lo señalan las demandadas; ii) determinar si del 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014 existió un solo contrato de trabajo, sin solución de continuidad; iii) verificar si hay lugar a nivelar el salario devengado por el actor con el cargo de técnico administrativo II que existía en la planta de personal del FNA, o si el demandante no acreditó similitud en las funciones desempeñadas en los términos indicados por la a quo; iii) determinar si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa, o si el contrato terminó de un modo legal; iv) verificar si hay lugar a condenar de forma solidaria al FNA y a Summar Servicios Temporales; v) estudiar si hay lugar a condenar a la llamada en garantía Mapfre Seguros de Colombia S.A. como lo indicó la a quo, o si la póliza de cumplimiento no se encontraba vigente y por tanto, se deba absolver; y vi) establecer si hay lugar a modificar la condena en costas como lo pretende la demandada FNA.

Frente al primer problema jurídico, cabe anotar, que, de acuerdo con los criterios sobre carga de la prueba establecidos en el artículo 167 del CGP, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. De acuerdo con esta pauta, corresponde a quien alega la condición de trabajador acreditar la existencia del contrato de trabajo; aunque valga aclarar que de conformidad con el artículo 24 del CST la simple prestación de un servicio personal hace presumir la existencia de contrato de trabajo sin que se requiera la demostración de todos sus elementos, pues la parte que niega el contrato de trabajo es la que debe demostrar que la relación es independiente o autónoma, sin que sea suficiente la simple alegación en tal sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida. Por su parte, el artículo 23 ibídem preceptúa que para que exista un contrato de trabajo deben concurrir tres elementos esenciales a saber, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y el salario. Normas de similar contenido existen para el caso de los servidores y serán estas las que se aplicarán en el caso que se determine que el FNA fue el empleador.

La juez a quo consideró: *“Bajo ese horizonte jurisprudencial se advierte que la intención de la empresa Carvajal SA con el demandante fue la de cubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades con la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales del actor, pues se debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, que pueden o no ser el*

giro habitual de sus negocios, tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias 3520 del año 2018 y la sentencia SL 467 del año 2019, de manera que en el presente asunto se tiene que el verdadero empleador del actor fue la empresa usuaria Carvajal SA y que la sociedad Summar Temporales, sólo actuó como un simple intermediaria, incluso porque si bien la empresa Summar Temporales, determinó que era para un cargo distinto dentro de la compañía, dicho argumento no es tampoco acogido para este despacho como quiera que al preguntársele entre una función y la otra que desempeñaba cada uno de los cargos, incluso dijeron que para el cargo segundo en el que había sido contratado, se requería menos estudios y podía incluso podía seguirlo realizando la misma persona. Entonces, ese argumento tampoco fue aceptado por el despacho para que pudiera ser utilizado como uno de los requisitos, para venir como un trabajador usuario en un nuevo cargo, se denotó que por el contrario, los dos cargos eran similares y las funciones que se ejecutaban pertenecían a la misma área”.

Así las cosas, en primer lugar, se estudiará lo relativo a la vinculación que existió con el demandante respecto de las demandadas Summar Temporales S.A.S. y Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. y luego el papel que tuvo el FNA en dicha vinculación.

Es pertinente tener presente que en el escenario jurídico colombiano existen algunos eventos en que quienes fungen formalmente como empleadores se consideran empleadores aparentes o intermediarios, como es el caso de las empresas de servicios temporales cuando sobrepasan el tiempo durante el cual pueden suministrar un trabajador a una empresa usuaria, o se invoca un objeto diferente al previsto en la ley; supuesto en el cual la jurisprudencia ha considerado como empleador al usuario, a pesar de que quien le pagaba el salario y aparecía como empleador formal era la E.S.T.; o también el caso de las cooperativas de trabajo asociado cuando prestan servicios en actividades misionales a terceros, quienes han terminado siendo declarados como empleadores, a pesar de que formalmente no tenían esa condición. Todos estos desarrollos jurisprudenciales han sido expresión del principio protector del Derecho del Trabajo y manifestación de la teoría de prevalencia de la realidad.

En este punto, teniendo en cuenta que no es objeto de discusión que el demandante prestó el servicio mediante la Empresa Summar Temporales, S.A.S., se hace necesario traer a colación el artículo 77 de la ley 50 de 1990, que dispone: “*Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o*

mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Como lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, las empresas de servicios temporales no pueden ser utilizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Al respecto se puede consultar la sentencia SL4330-2020 Rad. 83692 del 21 de octubre de 2020, donde rememoró la CSJ SL467-2019. Así las cosas, se debe verificar si en el caso concreto si la vinculación laboral de la demandante se realizó cumpliendo los parámetros legales y jurisprudenciales, y por tanto establecer quien fungió como su verdadero empleador.

Para resolver el problema planteado, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental,

Contratos de trabajo por ejecución de obra o labor suscritos entre el actor y Sertempo Cali S.A, de fechas: 7 de marzo de 2013, que inició el 8 de ese mes y año, en el cual se relaciona como cliente a Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., motivo de contratación: Apoyo temporal en la labor de analista de soluciones y consultas, cargo de analista de soluciones y consultas, y salario de \$832.000 (Pág. 30 a 32 PDF 01); y del 20 de mayo de 2014, motivo de contratación: Apoyo temporal en la labor de auxiliar administrativo, cliente Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. y salario \$1.066.000 (pág. 34 a 36).

Comprobante de pago, que indica empresa Sertempo Cali S.A, cliente: Carvajal, Tecnología y Servicios S.A.S., fecha de pago: 28 de mayo de 2014, cargo: analista de soluciones y consultas, costo *FNA IN HOUSE*. Aparecen relacionadas las prestaciones sociales y vacaciones, además de las horas extras, y auxilio de transporte, salario actual \$1.040.000 (Pág. 37 PDF 01). Comprobante de pago del 3 de septiembre de 2014 de las prestaciones sociales con los mismos datos, sin embargo, el cargo es auxiliar administrativo y el salario \$1.066.000. (pág. 39 PDF 01).

Comunicaciones mediante las cuales SERTEMPO informa al actor la terminación de contrato, una que *“culminará el día 19 de mayo de 2014, según la información suministrada por **Carvajal Tecnología y Servicios (...)** (pág. 41 PDF 01), y otra, “a partir del día 29 de agosto de 2014. Esta decisión se toma teniendo en cuenta que por la naturaleza del servicio prestado por usted como empleado en misión, la Empresa de Servicios Temporales, comunica la terminación del contrato, una vez que no requiero sus servicios” (pág. 43 PD 01).*

Certificación expedida el 15 de septiembre de 2014 por SERTEMPO CALI S.A., en la cual indica que el actor laboró en esa empresa, en los siguientes cargos de analista de soluciones y consultas del 8 de marzo de 2013 al 19 de mayo de 2014, salario base \$1.010.000, y auxiliar administrativo del 20 de mayo al 29 de agosto de 2014, salario \$1.066.000; ambos contratos de ejecución de obra o labor contratada y de forma inexplicable aparece como cliente Sertempo Cali S.A. pues de acuerdo a lo indicado por las demandadas en sus contestaciones, el cliente era Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. (pág. 45). Certificación expedida el 2 de diciembre de 2016 expedida por Summar Temporales S.A.S en los mismos términos, y señala como cliente a Summar Temporales S.A.S. (pág. 46 PDF 01).

Certificado de existencia y representación legal de Summar Temporales S.A.S., cuya actividad principal es "*ACTIVIDADES DE AGENCIAS DE EMPLEO TEMPORAL*"; allí se indica que mediante acta número 24 del 25 de marzo de 2015, la asamblea de accionista cambió su nombre de Servicios Temporales Profesionales CALI S.A. SERTEMPO CALI S.A. por el de *summar temporales S.A.S.* (pág. 53 a 65 PDF 01). Certificado de existencia y representación legal de Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., con actividad principal "*J6311 Procesamiento de datos, alojamiento (hosting)*" y relacionadas, y actividad secundaria "*M7020 Actividades de consultoría de Gestión*", *C1811 Actividades de impresión, J6209 actividades de tecnologías de información y actividades de servicios informáticos*, indica que mediante acta No. 50 del 15 de marzo de 2012 la asamblea general de accionistas cambió el nombre de Assenda SAS por el de Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. (Pág. 66 a 70 PDF 01).

Contrato de prestación de servicios temporales suscrito el 1 de septiembre de 2010 entre Assenda S.A. y Servicios Temporales Profesionales Cali S.A., en el que se relaciona a la primera como cliente y la segunda como proveedor, y se pacta: "**OBJETO DEL CONTRATO:** *EL PROVEEDOR se obliga con EL CLIENTE a la prestación de servicios a través de trabajadores en misión para los casos señalados en los ordinales 1, 2 y 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990. El servicio objeto de este contrato será prestado por EL PROVEEDOR a través de un número de trabajadores acorde con el volumen de trabajo a desarrollar, el cual será convenido entre las partes y podrá ser variable conforme a las necesidades detectadas por EL CLIENTE. En consecuencia, EL CLIENTE podrá solicitar en desarrollo de este contrato a EL PROVEEDOR el envío de trabajadores en misión para cumplir labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del CST, así como reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por incapacidad o enfermedad. Los servicios de que trata este contrato estarán sujetos en cada caso a lo dispuesto En el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.* (pág. 161 a 170). Otrosí al contrato de prestación de servicios temporales suscrito el 2 de septiembre de 2012 entre Carvajal Tecnología y servicios SAS y Sertempo CALI S.A. vigencia del contrato: 3 años

a partir de septiembre 01 2013 (pág. 173 a 179). Otrosí suscrito el 25 de julio de 2016, ampliándolo hasta el 30 de septiembre de 2016. (pág. 186).

También se recibieron los testimonios de los señores Jhonatan Rojas Jamaica y Gabriel Alonso Franco, así como los interrogatorios de parte al demandante y a los representantes legales de Summar Temporales S.A.S. y Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S.

El señor **Jhonatan Rojas Jamaica** adujo que trabajó para el FNA a través de las temporales UNO A y OPTIMIZAR desde el 2 de julio de 2012 a junio de 2016, que allá conoció al demandante, que él (testigo) trabajaba para la división comercial y era el encargado del tema del traslado de las cesantías y el demandante estaba en un proceso similar. Aclaró que la división comercial se divide en muchos sectores, y que no recuerda el nombre exacto de la división donde estaba el demandante, pero era comercial al igual que él. Frente a las funciones del demandante en el Fondo adujo que estaba el *“cargue de los documentos de traslado de cesantías, afiliaciones de cesantías, manejo de archivo, trazabilidad PQR”*, e indicó que *“durante el tiempo que yo tuve contacto con él, siempre supe que manejó las mismas funciones”*, y que el actor no le manifestó que realizó funciones respecto al manejo de talento humano y que de haberlo hecho, él se daría cuenta porque *“uno sabe cuándo trasladan a una persona de labor y más si está relacionada con la labor de uno”*. Señaló que la empresa que contrató directamente al actor fue Carvajal, dentro de las instalaciones del FNA, pero el contrato era con Carvajal; que cuando conoció al demandante, inició como aprendiz del SENA, y después trabajó para Carvajal cumpliendo funciones dentro del FNA, pero no sabe qué tipo de contrato era porque trabajaban para temporales diferentes. Que quien le pagaba el salario era Carvajal y que *“aparte de la relación que tenemos laboral, como el FNA tenía unas rutas y ellos vivían en el mismo lugar y teníamos un acercamiento aparte de lo laboral, y que lo escuchó en varias ocasiones, porque uno habla de temas del trabajo”*. Adujo que no tiene conocimiento que en desarrollo de las actividades del actor había personal de Carvajal, dándole orientación o instrucciones, en la forma en que debía desarrollar las actividades; que no se acuerda la fecha exacta en la cual compartió los espacios físicos en el FNA con el demandante, pero que a él lo trasladaron como 2 meses antes que el actor terminara la labor; y que siempre les notificaban que se acababa la labor, no le explicaban que fue por algún hecho específico, no le daban más explicaciones.

Gabriel Alonso Franco relató que trabajó en el FNA con la Temporal UNO A de 2011 al 2015, que conoció al demandante cuando entró a trabajar allá en el área de afiliados, entregándoles los documentos, colaborando en los cargues de cesantías, que él (testigo) trabajaba en la parte pública de cargue de cesantías y él llegó para la entrega de los expedientes y todo lo que tenían

para los cargues y aparte a ayudar a los afiliados externos e internos para todo el proceso, que eso fue más o menos en el año 2013-2014; que cree que el actor tuvo el mismo vínculo que él, que los contrataban temporales. A la pregunta: *“Tiene conocimiento si el señor Julio, el tiempo que usted lo conoció tuvo siempre las mismas funciones o tuvo alguna variación de sus funciones”* contestó: *“No, él siempre realizaba las mismas funciones. Hay veces cuando antes de los principios de año entre el 1 de enero, del 2 de enero al 13 de febrero, siempre teníamos más carga y nos daban otras funciones, por ejemplo, él realizaba el cargue, supe que él realizó cargue de entidades privadas de las cesantías, pero siempre cumplió las mismas funciones que tuvo ahí, que eran funciones administrativas en el área donde estábamos nosotros”*. Señaló que las funciones eran: *“entrega de la correspondencia a cada uno de los funcionarios que hacían cargue de entidades públicas y entidades privadas. También era atención al público interno y externo en la guía para el cargue de las mismas cesantías y cualquier otra cosa. Y aparte de eso, el cargue de las cesantías de las entidades privadas”*. Manifestó que el actor prestó el servicio de forma continua, que empezó con Carvajal y luego pasó a otra temporal; que tenía que darle cuentas a los jefes, que estaba el doctor William Valderrama, cuando estuvo el demandante; que en esa época las empresas de servicios temporales que estaban prestando los servicios era UNO A, CARVAJAL, y había otras dos y no se acuerda el nombre. Manifestó que para ingresar pasaban un carné y un rodillo y llegaban a la oficina, que quien entregaba el carné era la misma área o la misma temporal donde estaban; recuerda que el actor de lunes a jueves iba de corbata y los viernes en jeans, pero no se acuerda que le hayan dado dotación; agrega que los de planta tenían el carné de un color y los de obra de otro color, esa era la diferencia; y no sabe que de Carvajal le dieran alguna inducción al demandante.

El representante legal de **Summar Temporales** manifestó que el demandante fue enviado como trabajador en misión para Carvajal, Tecnología y Servicios S.A.S. con un contrato de duración de la obra, en dos ocasiones como empleado en misión, la primera el 8 de marzo de 2013 como analista de soluciones y consultas hasta el 19 de mayo de 2014, y la segunda a partir del 20 de mayo de 2013 como auxiliar administrativo hasta el 29 de agosto de 2014. Señaló que el objeto contractual entre Summar y Carvajal, Tecnología y Servicios S.A.S. era el suministro de personas para realizar labores ocasionales como empleados en misión. Adujo que la labor específica si se trata de un reemplazo no la conoce, que sabe que la contratación se hace por *“una función específica de manera temporal y esa función específica son las 2 que he mencionado anteriormente”*. Luego indicó que *“la solicitud se hace porque se requiere un servicio, que está dentro de las razones por las cuales se puede solicitar el envío de empleados en misión a una empresa de servicios temporales, si ese servicio que obedecía a unas vacaciones o a una licencia no fue especificado en la solicitud”*. A la pregunta: *“En algún momento la empresa Carvajal manifestó que la contratación del señor julio Jiménez se debía a incrementos o picos en la*

Producción de la empresa usuaria” contestó: “si, se trata de las actividades adicionales como incremento a la producción que Carvajal tecnología y servicio requiere”. A la pregunta: “cuáles eran estas estos incrementos o productos adicionales que Carvajal manifestó para contratar al señor julio”, manifestó: “Se trata de actividades en soluciones que debe realizar Carvajal, Tecnología y Servicio, pero las condiciones específicas de los contratos o actividades que Carvajal desempeñe, nosotros no los conocemos, en nuestro acuerdo comercial no se especifican las actividades de Carvajal, se especifican las necesidades de personas para prestar servicios.”

Adujo que el nombre del cargo que la persona va a desempeñar lo indica Carvajal, Tecnología y Servicio, con el propósito de cumplir con el perfil que esa compañía necesita y en el mismo formato especifica el salario, que dentro de las facultades como empresa de servicios temporales, no tienen la de conocer las condiciones de salario de las empresas usuarias. A la pregunta si tenía conocimiento que el trabajador en misión que enviaron a Carvajal iba a realizar funciones en el FNA, señaló: “No señor, no sé cuántos clientes pueda tener Carvajal Tecnología ni qué actividades realizan Carvajal Tecnología para esos clientes, no es de nuestra competencia, nosotros lo que conocemos es el perfil del cargo que Carvajal Tecnología necesita para realizar una labor de empleado en misión para Carvajal, Tecnología y Servicios.” Y que no es de su competencia saber si entre Carvajal y el FNA existía alguna relación contractual. Respecto a cuál era la razón de la terminación de la relación laboral del demandante con la empresa Summar, contestó: “Se que es la terminación de la obra para la cual fue contratado y esa información se hace por medio escrito con una carta”. Frente a la pregunta: “tiene conocimiento si las funciones que él realizaba se terminaron cuando se realizó su vinculación o continuaron dentro de la empresa”, contestó: “La labor que él realizara para nosotros es una función temporal, puede tratarse de una condición específica de la empresa usuaria que nosotros no conocemos, pero a nosotros se nos da la información con relación a la temporalidad y durante ese tiempo tenemos nosotros al trabajador”. Señaló que “ellos tienen un proceso de reclutamiento, de selección, de práctica de pruebas, unas relacionadas con el conocimiento técnico y otras relacionadas con las habilidades del trabajador. El trabajador se somete a ese proceso, nosotros lo seleccionamos y no, no tenemos ninguna referencia en relación a que el trabajador haya sido ni recomendado ni remitido por ninguna persona, no es una evidencia que haya en su historia de selección”. Cuando se le pidió que explicara en qué consiste el cargo de soluciones y consultas, manifestó: “esto obedece a un perfil del cargo, realmente de especificarle yo en este momento en qué consiste cada uno de los cargos no lo tengo resuelto, eso está en el perfil del cargo que la empresa usuaria nos envía”. Luego indicó que puede hacer una explicación de manera general porque ella no es la que guía al trabajador, porque lo envía en misión a una empresa y queda a cargo de esa empresa, y que hay una serie de actividades específicas que debe desempeñar allá, que ella puede decir con relación a los requisitos que tiene que cumplir para que la persona tenga las competencias para el cargo y que conforme a lo que se encuentra en el perfil del cargo, ella da la respuesta. Señaló que “para el analista de soluciones la persona debe recibir la información de las empresas que sean sus clientes con relación a las quejas que tienen del servicio.

La persona recibe las quejas, esa persona debe tener un perfil adecuado a escuchar, a comprender y debe conocer las condiciones del servicio que Carvajal, Tecnología y Servicios contrató con ellos para transmitirla al área que debe dar la solución, entonces es un área de recepción de situaciones o de solicitudes que las empresas que sean sus clientes hacen". Y que para el cargo de auxiliar administrativo "la persona debe conocer cómo opera la parte administrativa de Carvajal, Tecnología y Servicios en relación a las operaciones que hace al interior de la compañía, tales como información de nómina, solicitudes del personal administrativo para resolver desde el área de Recursos Humanos". Señaló que el perfil para el primer cargo, se requiere ser un técnico o un tecnólogo administrativo y que lo que determina la condición son sus competencias personales, y que la persona debe tener la capacidad de resolver situaciones, buscar recursos, comunicar y atender bien el cliente. Y en el segundo cargo igual, pero con conocimiento en la administración de recursos humanos. Que cuando se presentó al segundo cargo, presentó entrevista, donde se hace una evaluación de las competencias, que ellos hacen una prueba técnica frente al conocimiento específico en nómina, en Seguridad Social y Salud ocupacional, en todos esos aspectos que tienen relación con la administración del recurso humano. Se le pregunta en qué momento se le hizo esa evaluación si no hubo solución de continuidad entre el primer y segundo contrato, contestó: "Nosotros finalizamos el primer contrato y hacemos evaluación para el segundo". Y que son muy cuidadosos en mirar que haya una diferencia entre una labor y otra y que puedan terminar el primer contrato, donde hubo una actividad hasta donde el cliente lo necesitó, se finaliza esa actividad y como hay una oportunidad de un nuevo cargo, de una nueva actividad, lo vuelven a contratar. Luego la juez insiste y le pregunta si un contrato terminó el 19 de mayo de 2014 y el segundo inició el 20 del mismo mes y año "en qué momento entonces se realizó y cómo se realizó este perfil para poder tenerlo en cuenta para este cargo", a lo que manifestó: "nosotros ya tenemos el perfil, los perfiles de los cargos ya los tenemos con anterioridad, cuando se inicia el contrato con Carvajal, Tecnología y Servicios, Carvajal nos suministra los perfiles para los cargos que va posiblemente a necesitar, porque nosotros hacemos la vinculación de personas temporales que ellos pueden necesitar dentro del marco de la ley, por incremento a la producción, por vacaciones, por requerirse un servicio especializado, por una incapacidad, entonces después de tener los perfiles, tomamos en cuenta porque nuestro objeto es permitir que las personas encuentren trabajo, entonces si tenemos personas que cumplen los perfiles, pues estamos atentos a darle la oportunidad que sea posible dentro de las actividades laborales que realizamos." Luego aclara que el trabajador terminó el día 19 de mayo y el día 20 de mayo se debió presentar a las oficinas de Summar para realizar todo su proceso con relación al paz y salvo y a la entrega de dotación y ese día la empresa encontró que tenía un cargo que él puede desempeñar y ese día le hicieron el contrato.

El representante legal de **Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S.** aclaró que es una empresa de servicios temporales y mantiene todavía en la actualidad

contratos con la empresa Summar Temporales para el suministro de trabajadores en misión para los proyectos especiales que realiza Carvajal, y que vienen realizando contratos desde hace más de 10 años. Frente a los requerimientos que se le hizo a Summar para la contratación del señor Julio adujo que Carvajal tenía un contrato con el FNA y esos contratos eran en el marco de la ejecución de la división de afiliados y era para el procesamiento de toda la información de los reportes de afiliados y que “ como ustedes saben las entidades en este caso, el Fondo Nacional de Ahorro viene la temporada de cesantías en los meses de febrero, entonces previo inicio de esta temporada, ellos hacen toda la logística para el procesamiento correcto de la información es un incremento en la producción que tiene FNA y como tal, es una actividad que ellos entran a subcontratar con diferentes empresas. Carvajal participa en el proceso de licitación para ganarse ese negocio y se gana el negocio desde el año 2011 y lo tuvo como hasta el año 2016- 17 aproximadamente, en el marco de ese contrato es que Carvajal necesita trabajadores en misión para realizar ciertas actividades específicas, que se necesitan dentro de ese contrato con el Fondo Nacional del Ahorro, y ahí es donde entra a ser vinculado al señor Julio Heli, como trabajador en misión con Summar Temporales como trabajador en misión para la ejecución del contrato con Fondo Nacional de Ahorro”. Adujo que está el contrato inicial que celebró Carvajal con el FNA para la ejecución específica de la actividad contratada, que es precisamente el procesamiento de la información de los afiliados y en la división de afiliados, entonces hay unos perfiles que son necesarios o son requeridos para poder realizar correctamente el contrato que tenían con el FNA y ahí es donde salen las dos vinculaciones del demandante. Manifestó que dentro de Carvajal no están creados esos cargos y que, así como tenía contrato con Carvajal (sic) también tenía con la registraduría para la jornada de elecciones y que es en el marco del proyecto que surge la necesidad de la vinculación del personal. Señaló que el FNA no le indica el salario, que lo que le da es un contrato global para la ejecución de una actividad dentro del contrato y que Carvajal tiene una área donde se hace el modelo de negocio, donde mira qué cargos necesitan y la asignación salarial de la persona. Señala que el analista de soluciones y consultas, son las personas que reciben las consultas de las cajas del FNA, hacen las consultas de documentos y gestionan las consultas para entregar al FNA, mientras que el auxiliar administrativo es el que subsana las novedades reportadas con el proceso de cesantías, que se presentan entonces eran esas dos tareas en la ejecución del contrato. Aduce que tiene entendido que el demandante laboró en el área de afiliados y que esa actividad no la realiza directamente el FNA, que el FNA no tiene un batallón de personas para realizar este tipo de actividades, entonces el soporte para la jornada de cesantías, los subcontratan con diferentes empresas y participan en una licitación pública y Carvajal se ganó el contrato, como pudo ser otra empresa que realice servicios logísticos para realizar esas actividades que no hacen parte de las funciones específicas definidas. Señala que no tiene conocimiento si dentro de las instalaciones del

FNA existe o no un cargo para el recaudo de solicitudes de los afiliados, porque anualmente el FNA licitaba para la realización de esta actividad de apoyo a la jornada de cesantías, y que una cosa, es el día a día y otra cosa es la jornada de cesantías que se presentaba en los meses de febrero y previos a los meses de febrero, que es cuando se realizan consignaciones masivas de cesantías, entonces no es lo mismo tener una gestión del día a día, a tener el procesamiento de las informaciones, cuando llegan los meses cruciales del año, y que aunque se pensaría que hay un incremento en la producción, esa no era la razón principal sino que era que esa actividad estaba subcontratada por parte del FNA y no la realizan directamente ellos. Respecto a la fecha de terminación del contrato interadministrativo con el FNA, adujo que “*tocaría revisar cada contrato porque fueron varios contratos desde 2011 hasta 2016 y que si no le falla la memoria la finalización del contrato obedece a la finalización de la obra o labor contratada, específicamente la actividad que desempeña el auxiliar o el analista que tenemos cuando ya finaliza su proceso y ya no es necesaria su actividad, pero que no quiere decir que finalice el contrato con el FNA porque pueden seguir, el contrato no es solamente el procesamiento de la información, son muchas cosas más que están dentro del contrato con la labor específica que desarrollaba, en este caso la persona contratada a través de la empresa de servicios temporales ya había finalizado y por lo tanto, pues no, no era necesaria su continuidad, de otra manera, pues habría continuado 6 meses más en el mismo cargo, pero no fue así y por eso se da la necesidad de finalizar el contrato y como hay otra actividad a desarrollar se contrata en ese otro cargo. Señaló que no sabe específicamente cuáles son las funciones o el giro ordinario de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro*”. A la pregunta si tenía conocimiento que una vez terminaban estos días de incremento de recaudo, se finaliza el contrato del actor, contestó: “*el tema de los recaudos de cesantías anuales depende del, cómo le digo, uno de los contratos es división de afiliados, pero puede la novedad durar más. Los contratos eran de ejecución anual y puede ser mucho más tiempo del que se prorrogue la ejecución del contrato, dependiendo del entregable que tenga Carvajal en su momento*”. A la pregunta: “*Puede manifestar al despacho si tiene conocimiento que esa actividad del Fondo Nacional del Ahorro de recaudo es una actividad que tiene que hacer periódicamente*” contestó: “*no tendría que ser yo el que diera esa respuesta, sino el Fondo Nacional realmente, pues porque es una actividad que me está preguntando cosas del Fondo Nacional y yo tengo es en el marco del contrato y nosotros teníamos una actividad específica en el marco de un contrato celebrado con FNA* “. A la pregunta “*con qué tiempo le avisaron a Summar para que realizara la contratación nuevamente al señor julio*”, señaló: “*Eso es concomitante Carvajal para atender solicitudes, requerimientos de personal con la empresa de servicios temporales, la rotación de personal es alta, o sea, mientras estamos desarrollando un proyecto, la gente va y viene y pueden salir muchas personas, de manera tal que ellos tienen el conocimiento de cuáles son los espacios o las vacantes que hay dentro de la ejecución del proyecto y simplemente lo que hacen es proactivamente en vista de la finalización de una actividad, proceder a hacer el proceso de selección respectivo con otra de las vacantes que hay para áreas en donde se necesite y así es como funciona el proyecto*”. A la pregunta cuál es el objeto social de la empresa CARVAJAL contestó: “*Carvajal, Tecnología y Servicios tiene un objeto social bastante amplio, nosotros funcionamos con líneas de negocios, que son las*

que deben aparecer en el objeto social, que van desde el desarrollo de software a medida, soluciones de manera logística, operativa, pues es un objeto social bastante amplio, pero básicamente lo que Carvajal hace no solamente es en una línea del desarrollo de software a la medida o desarrollo de soluciones informativas, sino también ejecución, logística, desarrollo de proyectos y ejecución de proyectos”. Luego se le preguntó: “la licitación que se ganaron en el período comprendido entre el 8 de marzo del 2013 y el 19 de mayo del 2014, cuándo se la ganaron, cuándo comenzó”, señaló “tendría que ver los contratos su señoría para poderle decir, en el marco de contrato de los que se ejecutó, es donde estaba esa contratación, pero mirando los contratos podría darle la respuesta porque en este momento no yo no tengo documentos acá a la mano, todo debe estar en el expediente, que fueron los contratos que se allegaron con relación a esto. Frente al perfil de analista soluciones y consulta, adujo: “lo que se busca normalmente en una de las listas que sea estudiante de último semestre, o profesional en carreras administrativas ya sea administración de empresas, economía, contaduría, lo que hace la diferencia frente al perfil del auxiliar que son los años de experiencia que son requeridos, en cuanto a dos temas específicos, servicio al cliente y sector administrativo. Un analista tiene una experiencia de 1 a 3 años y un auxiliar una experiencia inferior a un año. El auxiliar puede ser técnico, no es necesario que sea profesional, sino que puede ser técnico o tecnólogo o estudiante también del último semestre de carreras administrativas, económicas y contables. Entonces, desde una perspectiva de Recursos Humanos, es la diferencia entre un analista y un auxiliar y sería la diferencia en los perfiles de las personas que se buscaban para la ejecución de ese proyecto. Manifestó que un analista puede hacer las funciones de un auxiliar, aunque sería una persona sobrecalificada, y que la diferencia salarial no es mucha, es más, que incluso pueden tener el mismo salario porque realmente es homologable desde una perspectiva de Recursos Humanos. Que el auxiliar hace una labor operativa y el analista hace una gestión de las consultas que sean requeridas por el FNA y todo el proceso para la entrega de documentos. A la pregunta: “Cuál es la función que estaba licitando concretamente el Fondo Nacional del Ahorro en la oportunidad en la que prestó los servicios el demandante a ustedes”, contestó: “Su señoría tendría que remitirme al contrato. Sin embargo, pues es en virtud del contrato del procesamiento de la información de los reportes de afiliados, digamos que es como el área global, el procesamiento de la información y de toda la ejecución integral de las actividades que desarrolla la división de clases”. Luego indicó que operativo es todo lo que tenga que ver con gestión de documentos, procesamiento de la información, consulta de la información, archivo de la información, custodia de la información en una modalidad de outsourcing para ello; que en ambos contratos el demandante prestó sus servicios al FNA; que no tiene claro en qué instalaciones él prestó servicio, pero cree que era en un espacio específico en la oficina del cliente, en este caso FNA, que Carvajal eran los que le suministraban todos los elementos que necesitaba el actor como el computador, dotación y todos los demás elementos de trabajo, que tenía uniforme de Summar Temporales de Servicios.

El demandante señaló que fue a Carvajal y firmó un solo contrato, insistió que solo firmó un contrato y que Carvajal le pagaba mensualmente y que al

principio creía que había sido Carvajal que lo afilió a Seguridad Social, EPS, pensiones, caja de compensación, y que después que le cancelaron el contrato resulta que era con Summar, pero que nunca tuvo comunicación directa ni con Summar ni con Carvajal. Señaló que no tuvo primas y que la empresa que le canceló la liquidación definitiva de prestaciones sociales fue Summar y que supuestamente lo contrató una persona, después le tenía que pedir a otra persona lo que le iban a liquidar. Adujo que tiempo después de que le terminaron el contrato le hicieron llegar una referencia laboral y que se imagina que está en el proceso, pero no se acuerda qué dice. Señaló que no recuerda que existió un contrato de trabajo con Summar Temporales entre el 8 de marzo del 2013 y el 19 de mayo del 2014, porque si bien firmó un documento en las instalaciones de la demandada Carvajal, Tecnologías y Servicios, no recuerda qué decía el documento, ni el membrete ni el nombre de la empresa con la que firmó el documento porque es un papel que firmó hace más de 6 años. Luego reitera que él firmó un contrato en Carvajal llevado por el señor Juan Pablo Moreno, quien en ese momento era coordinador de Carvajal en el Fondo Nacional del Ahorro. Manifestó que él entró a FNA como pasante del Sena, como estudiante de asistencia administrativa, que estaba terminando las pasantías en el FNA y el señor Juan Pablo Moreno lo envía a Carvajal para que firme el contrato y vaya a trabajar en el FNA. Señaló que no es cierto que entre el período del 8 de marzo del 2013 y el 19 de mayo del 2014 haya sido enviado como trabajador en misión a Carvajal Tecnología y Servicios para desarrollar unas actividades como analista de soluciones y consultas e indicó: *"Yo todo el tiempo trabajé en el fondo en el Fondo Nacional del ahorro como técnico administrativo"*. Manifestó que estaba en las oficinas de Carvajal cuando firmó el documento y que prestó las funciones en el FNA y que se enteró que tenía una vinculación con Summar cuando pidió una referencia laboral, que eso fue como a los 2 o 3 meses, que lo sacaron del FNA. Insiste en que no recuerda lo que leyó en el documento y que haya tenido alguna vinculación con Summar. Frente a la terminación del vínculo laboral, señaló que el 29 de agosto el coordinador de Carvajal les dice: *"Trabajan hasta el viernes, vayan a Carvajal el lunes y firmen la finalización del contrato. Yo fui allá a Carvajal y lo firmé allá"*. Que no le entregaron ningún desprendible de nómina. No suscribió ningún contrato con el FNA. Aceptó que entre marzo de 2013 y mayo de 2014 recibió el pago de salarios y acreencias laborales y que a la finalización del contrato recibió el pago de la liquidación de las acreencias laborales y que durante ese lapso no presentó ninguna reclamación

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, es dable deducir, por lo menos de acuerdo con lo que revelan los documentos escritos, que el demandante prestó unos servicios, enviado en misión a Carvajal Tecnología y Servicios

S.A.S. entre el 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014 y que suscribieron dos contratos de obra o labor, el primero desde el 8 de marzo de 2013 al 19 de mayo de 2014 y el segundo desde el 20 de mayo al 29 de agosto de 2014; sin embargo, al revisar los objetos de los contratos suscritos entre Summar Temporales S.A.S. y Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., se acordó “*EL PROVEEDOR se obliga con EL CLIENTE a la prestación de servicios a través de trabajadores en misión para los casos señalados en los ordinales 1, 2 y 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990. El servicio objeto de este contrato será prestado por EL PROVEEDOR a través de un número de trabajadores acorde con el volumen de trabajo a desarrollar, el cual será convenido entre las partes y podrá ser variable conforme a las necesidades detectadas por EL CLIENTE. En consecuencia, EL CLIENTE podrá solicitar en desarrollo de este contrato a EL PROVEEDOR el envío de trabajadores en misión para cumplir labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del CST, así como reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por incapacidad o enfermedad. Los servicios de que trata este contrato estarán sujetos en cada caso a lo dispuesto En el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.* (pág. 161 a 170). Se observa que el objeto es en general para realizar los servicios a través de trabajadores en misión para los casos señalados en los ordinales 1, 2 y 3 del artículo 77 de la ley 50 de 1990, advirtiéndose de manera palmaria que la vinculación del actor a través de una EST superó el máximo establecido por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es decir se seis meses, prorrogables por otros seis, pues si bien suscribió 2 contratos de trabajo, los mismos fueron prestados de forma continua y más allá de eso, si bien en cada contrato se hace relación a un cargo diferente, de acuerdo a lo señalado por los testigos, el demandante siempre ejerció la misma labor en el área de división de afiliaciones del FNA, tal como lo indicó el mismo actor, por tanto, se concluye que existió un solo contrato de trabajo desde el 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto 2014; incluso de aceptarse que laboró en dos cargos, dicho cambio de funciones no significa que las labores ejecutadas fueran ocasionales en tanto eran diferentes, pues lo relevante es que no aparece vinculado para ninguno de los supuestos establecidos en la ley para la viabilidad de la contratación a través de empresas de servicios temporales. Asimismo, si bien la parte actora allegó los comprobantes de pago de las prestaciones sociales, realizadas el 28 de mayo y 3 de septiembre de 2014, de los contratos suscritos entre el actor y la empresa Sertempo Cali S.A. hoy Summar Temporales S.A.S., así como la comunicación de dicha EST al actor sobre la terminación de cada uno de los contratos, lo que se evidencia es que con dichos documentos se estaba cumpliendo una formalidad, mas no se advierte que efectivamente haya existido una terminación del vínculo laboral el 19 de mayo de 2014, pues no se acreditó que para esa fecha haya existido un cambio de contrato, ni siquiera funciones, pues los testigos fueron claros en señalar que las funciones que desempeñó el actor siempre fueron las mismas y que no hubo solución de continuidad, por tanto, tampoco se entendería cuándo firmó el demandante el

segundo contrato, pues los testigos indicaron que el actor siempre prestó los servicios de forma continua; además de ello, el primer contrato supuestamente terminó el 19 de mayo, y el segundo comenzó el 20 de mayo del mismo año. Ahora de las respuestas de la representante legal de Summar Temporales S.A.S. se advierte que dicha empresa, ni siquiera tenía conocimiento dónde iba a prestar el servicio el actor, pues incluso manifestó que lo único que conocen es el perfil del cargo que Carvajal Tecnología y Servicios necesita. Lo que pone en evidencia que la EST, que formalmente era la empleadora del actor, desconocía si realmente las labores desempeñadas por el actor cumplían las condiciones para poderlas cumplir un trabajador en misión, pues en el caso del demandante, ni siquiera se cumplió el límite de temporalidad, porque en dado caso de tener en cuenta cada contrato de forma independiente, se advierte que los 12 meses se cumplieron el 8 de marzo de 2014 y el contrato fue terminado supuestamente el 19 de mayo de ese año, por tanto, ya había pasado el límite señalado en la ley. Cabe redondear este punto diciendo que la jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto a considerar que cuando se supera la temporalidad límite o se contrata por finalidades diferentes a las previstas en la ley, la consecuencia es que se tiene a la usuaria como verdadera empleadora y a la EST como intermediaria y como tal debe responder solidariamente por las condenas impuestas. Sin embargo, previo a disponer que entre el demandante y Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, no se puede perder de vista que desde la fijación del litigio que hizo la a quo, se dispuso que el mismo estaría orientado, entre otras cosas, a *“investigar si el demandante tiene un vínculo laboral con las demandadas”*, por tanto, se deberá entrar a analizar el vínculo que tuvo con el FNA, con el fin de poder colegir, quien fue su verdadero empleador.

Así las cosas, respecto al FNA, la parte actora insiste que el contrato de trabajo existió con dicha entidad, pues fue la usuaria de los servicios que prestó y que se presentó fue una doble intermediación, sin embargo, lo primero que se debe tener claro es que la empresa Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. no es una empresa de servicios temporales, tal como lo indicó en la contestación, se reiteró en el interrogatorio de parte y se corrobora con el certificado de existencia y representación legal de la misma; por tanto, ni la empresa Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. ni el FNA en momento alguno indicaron que el vínculo que existió entre ellas y el demandante estuvo regido por los postulados señalados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Ahora, de acuerdo con la versión de Summar Temporales S.A.S., Carvajal Tecnología y Servicios siempre actuó como la empresa usuaria, tan es así que envió al demandante como trabajador en misión, pues así lo indicó el representante legal en su interrogatorio de parte, señalando incluso que no tenía

conocimiento de que el actor realizó funciones en el FNA, ya que, adujo, “no sé cuántos clientes pueda tener Carvajal Tecnología, ni qué actividades realiza Carvajal, Tecnología para esos clientes, no es de nuestra competencia, nosotros lo que conocemos es el perfil del cargo que Carvajal tecnología necesita, para realizar una labor de empleado en misión para Carvajal, Tecnología y Servicios”, y reiteró que no es de su competencia saber si entre Carvajal Tecnología y Servicios y el FNA existía alguna relación contractual.

Respecto del vínculo que existió entre el demandante y Carvajal Tecnología y Servicios y el FNA, la a quo señaló que: “Ahora bien, frente al Fondo Nacional del Ahorro, siendo esta una empresa Industrial y Comercial del Estado, regida por los cánones de la ley 432 de 1998 y demás normas que las complementan y reglamentan, no puede predicarse relación laboral alguna, en tanto tenemos que aquella efectuó licitaciones, las cuales son permitidas por la ley a efectos de obtener apoyo en su gestión. Incluso debe entenderse que es una tercerización laboral permitida por la ley, los cuales fueron adjudicados a Carvajal, contrato para el cual a su vez Carvajal suscribió los contratos con los trabajadores en misión antes referidos, por lo que si bien el demandante prestó servicios en el Fondo Nacional del Ahorro, tal y como se extrae de su dicho y de lo indicado de los testigos, Jonathan Jamaica y Gabriel Ospina, ellos lo fue en virtud del contrato suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro y Carvajal SA, el cual fue legalmente constituido conforme el cual si bien estaba en la obligación del Fondo Nacional del Ahorro de proporcionar un espacio y, en efecto, la prestación se dio en dicho ente, lo cierto es que los elementos para su ejecución, esto es computadores, entre otros, conforme lo indicado por el mismo representante legal de Carvajal SA fue proporcionados por ellos mismos”.

Al respecto, obra propuesta comercial de ASSENDA, solicitud directa N. 70 de 2011, para actividades operativas del FNA en noviembre de 2011, cuyo objeto es “Brindarle al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** los servicios en modalidad outsourcing de la ejecución de las actividades operativas que desarrolla la División de Afiliados y Entidades del FNA. (pág. 247). 3. ALCANCE. El alcance propuesto por **ASSENDA S.A.S.** busca cumplir totalmente con las exigencias y directrices planteadas por el Fondo Nacional del Ahorro en la solicitud directa N. 70 de 2011 y simultáneamente busca proporcionar el más apropiado ambiente tecnológico y operativo, mejorando el servicio a los usuarios. El tiempo de ejecución del contrato será doce (12) meses contados a partir de la firma del acta de inicio o hasta agotar presupuesto, el lugar de ejecución será la ciudad de Bogotá D.C. y el presupuesto total es de \$1.500.000.000 incluido IVA. Asimismo, se indicó que “El procesamiento de estos volúmenes frente al cargue masivo a realizar en los meses de enero, febrero y marzo, operará bajo el siguiente esquema de operación: Durante el mes de Enero, de lunes a sábado hasta completar las horas máximas legales en un único turno. Durante el mes de Febrero, tres turnos de trabajo en un esquema de 7 x 24, es decir 7 días de la semana 24 horas del día en un modelo de turnos operativos, en las cuales se ejecutaran de forma integral todas las actividades de procesamiento, validación, abono, control de calidad, gestión de subsanación y notificación. **ASSENDA S.A.S.** garantizará que esta operación 7 x 24 contará siempre con la adecuada disponibilidad del recurso humano, el cual en todo momento deberá corresponder al personal asignado y capacitado para el proceso. Durante el mes de Marzo existe la opción de reducir la operación a uno o dos turnos de

trabajo, esta actividad será previamente concertada con el FNA y depende del grado de avance de los resultados y el cumplimiento de la meta fijada. Si el objetivo es cumplido a 28 de febrero, se laborará durante marzo únicamente en un esquema de turno único, pero si este objetivo no es cumplido se continuará laborando en tres turnos. Bajo cualquier circunstancias **ASSENDA S.A.S.** se ajustará a los requerimientos que el FNA en tal sentido le indique. La operación podrá mantenerse hasta agotarse el tiempo del contrato o los recursos asignados al mismo, con un grupo de operadores ajustado al volumen requerido en cada caso. (pág. 236 291).

Contrato estatal No. 189 de 2011, suscrito el 9 de abril de 2011 entre **ASSENDA S.A.S** como contratista y el FNA como contratante: objeto: “la administracion de los archivos de gestión e históricos del FNA”- **OBLIGACIONES DE ASSENDA:** a) asumir bajo su costo y riesgo todos los gastos en que incurra para la ejecución del contrato, b) garantizar la confidencialidad de la información obtenida durante la ejecución del contrato, tanto del FNA como tercero. C) contar con procedimientos y controles para la entrega de la información manejada una vez finalizado el contrato. D) suministra a las personas que emplee para la ejecución de las actividades todos los implementos necesarios, así como los equipos y elementos de trabajo (...) i) instruir a sus empleados para que cuiden el espacio físico asignado por el FNA para la ejecución del objeto del contrato, espacio que deberá conservarse en buen estado, así como la correcta utilización de las zonas comunes como baños y cafeterías. En caso de que los empleados destacados por **ASSENDA** causen daños por mal uso de las diferentes áreas o sus instalaciones, el costo de las reparaciones deberá ser asumido por **ASSENDA**. **CUARTA: OBLIGACIONES DEL FNA** 1) Suministrar oportunamente la información requerida para el desarrollo del contrato. 2) Designar un supervisor para el contrato. 3) pagar las facturas de conformidad con los servicios prestados. 4) asignar a los empleados de **ASSENDA** un lugar de trabajo dentro de sus instalaciones. 4) permitir el acceso del personal de **ASSENDA** en las fechas y horarios acordados con el supervisor del contrato”. (pág. 292-296). Contrato estatal No. 261 de 2011 entre el FNA y **ASSENDA S.A.S**. **OBJETO:** “Contratación de servicios para la ejecución integral de actividades operativas que desarrolla la división comercial del FNA”. Se indica que **ASSENDA SAS** se obliga a prestar los servicios bajo la modalidad de outsourcing para la ejecución integral de las actividades operativas que desarrolla la División Comercial del FNA. (Pág. 296- 301). Contrato estatal 372 de 2011 Objeto: “Administracion de los archivos de gestión e históricos del FNA” (Pág. 302 a 306). Contrato Estatal No. 479 de 2011 suscrito el 28 de diciembre de 2011 entre el FNA y **ASSENDA** **OBJETO:** **ASSENDA S.A.**, se obliga a ejecutar de forma integral las actividades operativas que desarrolla la División de Afiliados y Entidades del FNA. **SEGUNDA: ESPECIFICACIONES DEL SERVICIO:** **ASSENDA S.A.** deberá prestar el servicio por la modalidad de outsourcing, en los términos de su propuesta del 09 de noviembre de 2011 y de las especificaciones del servicio detalladas en la Solicitud Directa No. 7-2011, documentos que se incorporan al presente contrato con todos sus efectos jurídicos. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Adicionalmente **ASSENDA SAS** deberá efectuar sin costo alguno para el FONDO, las siguientes tareas ofrecidas como valor agregado: 1) 14.000 registros de cargue de cesantías mediante proceso integral. 2) 1.400 registros de cargue de cesantías mediante proceso parcial Fondo Virtual. 3) 300 registros de Digitalización y cargue al Content Manager. 4) 300 registros de

Generación de Base de Datos. **QUINTA: PLAZO.** El término del presente contrato será de doce (12) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio o hasta agotar el presupuesto.: (pág. 307 a 312).

Contrato Estatal No. 230 de 2012 suscrito el 6 de julio de 2012 entre Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. y FNA con el objeto de “contratar los servicios de custodia y consulta del archivo del FNA bajo la modalidad de Outsourcing” (pág. 313 a 317). Otrosí firmado el 5 de enero de 2013 No. 1 al contrato estatal No. 230 de 2012, que prorrogó por 6 meses más el contrato (pág. 318). Otrosí No. 2 de prórroga hasta el 15 de marzo de 2013. (pág. 319). Contrato No. 40 de 2016, suscrito el 26 de febrero de 2016, con el OBJETO: Procesamiento de reportes de cesantías y captura en el sistema del FNA, de acuerdo con el procedimiento establecido para cada una de las actividades, contratista: Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. y contratante el FNA. (Pág. 320 a 326),

El representante legal de Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., señaló que no es una empresa de servicios temporales, que tenía un contrato con el FNA y que esos contratos eran en el marco de la ejecución de la división de afiliados y era para el procesamiento de toda la información de los reportes de afiliados y que “el Fondo Nacional de Ahorro viene la temporada de cesantías en los meses de febrero, entonces previo inicio de esta temporada, ellos hacen toda la logística para el procesamiento correcto de la información es un incremento en la producción que tiene FNA y como tal, es una actividad que ellos entran a subcontratar con diferentes empresas. Carvajal participa en el proceso de licitación para ganarse ese negocio y se gana el negocio desde el año 2011 y lo tuvo como hasta el año 2016 17 aproximadamente, en el marco de ese contrato es que Carvajal necesita trabajadores en misión para realizar ciertas actividades específicas, que se necesitan dentro de ese contrato con el Fondo Nacional del Ahorro y ahí es donde entra a ser vinculado al señor Julio Heli, como trabajador en misión con Summar Temporales como trabajador en misión para la ejecución del contrato con Fondo Nacional de Ahorro”.

De acuerdo con lo anterior, el FNA contrató con un tercero bajo la modalidad de outsourcing, actividades propias de las divisiones comerciales y de afiliados de dicha entidad. Sobre esta forma de contratación, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4332-2021, Rad. 76705 del 18 de agosto de 2021, indicó: “Ahora, aunque las dinámicas de la tercerización laboral no son totalmente ajenas a las entidades oficiales, debe tenerse en cuenta que existen límites precisos expresamente consagrados en la ley y reconocidos por la jurisprudencia nacional, especialmente tratándose de actividades misionales permanentes, casos en los cuales la regla general es la prohibición de contratación laboral externa. Así esta previsto para la celebración de contrato prestación de servicios -artículo 2, del Decreto 2400 de 1968, modificado por el 1.º del Decreto 3074 de igual año, y 17 de la Ley 790 de 2002 la sentencia CC C -614-2009-, cooperativas de trabajo asociado y cualquier “otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucional, legales y prestacionales

consagrados en las normas laborales vigentes» artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, entre las cuales se incluye, desde luego, a los contratos sindicales CSJ SL3086-2021, previsión que se consagró en iguales términos para las instituciones de salud-artículo 103 de la Ley 1438 de 2011. Según la jurisprudencia, solo es posible que estos entes públicos desarrollen sus funciones mediante la contratación de terceros o entidades privadas u operadores externos, siempre que: (i) no recaiga sobre funciones permanentes o propias de la entidad, sino temporales o transitorias ; (ii) se trate de actividades que no puedan realizarse con personal de planta de la entidad ; (iii) se requieran conocimientos especializados-artículo 59 ibidem, CC C-171-2012; y desde luego, (iv) se ejecuten de forma autónoma (CSJ SL, 24 abr. 2013, rad. 43043 SL4815-2020 y SL965-2021, entre otras).

En este campo, no puede pasarse por alto que precisamente artículo 5 del Decreto 2127 de 1945 estatuye: *“Se consideran representantes del patrono, y en tal carácter obligan a éste en sus relaciones con los demás trabajadores, los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, mayordomos de haciendas y, en general, las personas que en nombre de él ejerzan funciones de dirección o administración, así como los puros intermediarios que contratan los servicios de otras personas para ejecutar algún trabajo en beneficio del patrono, y por cuenta exclusivamente de éste”*. Por tanto, de acuerdo con lo indicado por la jurisprudencia, colige la Sala que, si la tercerización se usa con la intención de deslaborar a los trabajadores y suplir actividades misionales permanentes, se debe declarar el contrato de trabajo con el ente contratante, conforme la norma atrás transcrita, teniendo al contratista como un simple intermediario.

En tal línea de pensamiento, se ha señalado como uno de los elementos centrales: que la actividad recaiga sobre funciones permanentes o propias de la entidad, siendo permitido cuando estas sean temporales o transitorias; llama la atención de la Sala que si bien el representante legal de Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. insistió que el contrato estatal que celebró con el FNA fue para el procesamiento de toda la información de los reportes de afiliados, atendiendo la temporada de cesantías en el mes de enero, cuando existía un incremento de la producción y el fondo subcontrata con diferentes empresas, sin embargo, indicó que esa contratación la hacía el Fondo cada año, existiendo con ellos una contratación desde el año 2011 al 2017, lo que indica que no trataba de actividades temporales o transitorias, máxime cuando la vinculación del actor fue desde el 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto 2014, y este, de acuerdo a su dicho y a lo indicado por los testigos laboró en el área de afiliados, haciendo entre otras cosas el cargue de las cesantías, actividad que no es extraña al objeto social del FNA, y que no resulta justificable la razón por la cual, no era realizada directamente por dicha entidad, tal como lo indicó el representante legal de Carvajal, quien incluso indicó que si bien había un incremento en la producción, esa no era la razón principal sino que era que esa actividad estaba subcontratada por parte del FNA y no la realizan directamente ellos.

Ahora, si bien en la propuesta comercial de ASSEENDA frente a la solicitud directa N. 70 de 2011, se señaló el esquema de operación de dicha empresa en el cargue masivo de las cesantías, para los meses de enero, febrero y marzo, sin embargo, también se indicó que la *“operación podrá mantenerse hasta agotarse el tiempo del contrato o los recursos asignados al mismo, con un grupo de operadores ajustado al volumen requerido en cada caso”*; sin embargo, en el caso concreto no se acreditó cuál fue el tiempo contratado entre el FNA y CARVAJAL en el marco en que se desarrolló la vinculación del demandante, del 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014, pues el representante legal de CARVAJAL adujo que tendría que mirar el contrato, que nunca se allegó, no pudiéndose evidenciar cuál estaba vigente en los años 2013 y 2014; pero lo que si se observa es que no se trababa de una actividad transitoria, pues si así lo fuera, no se entiende la razón por la cual, el contrato del demandante duró más de un año, amén de que en la solicitud directa se señaló el horario que debía cumplirse, detallado mes por mes, o sea que el presunto contratista no podía prestar sus servicios de manera autónoma, sino sujeta a unas exigencias preestablecidas.

Ahora, si bien, el servicio era prestado en las instalaciones del FNA, no se acreditó, quién era el propietario de los elementos de trabajo que utilizaba el actor, pues nada se le preguntó al respecto a él ni a los testigos, sin embargo, en caso de darle credibilidad a lo señalado por el representante legal y en el contrato estatal No. 189 de 2011, donde indica que una de las obligaciones de Asesenda hoy Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. la de *“d) suministrar a las personas que emplee para la ejecución de las actividades todos los implementos necesarios así como los equipos y elementos de trabajo”*, en nada incidiría frente a la permanencia de las actividades realizadas por el demandante. Además, tampoco puede pasarse por alto que, según los testigos Franco y Rojas Jamaica, ellos prestaban sus servicios al FNA por intermedio de empresas de servicios temporales, siendo un contrasentido que en el caso del demandante se haya alterado la anterior situación, pues aparte de la temporal también se utilizó otro mecanismo adicional, como fue la vinculación a través de una empresa de outsourcing y era esta la que se apoyaba en empresas de servicios temporales, armándose de esta forma una cuidadosa urdimbre para tratar de ocultar la realidad de la relación. Así las cosas, la Sala considera que el verdadero empleador del demandante del 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014 lo fue el FNA, pues a ello lleva las circunstancias antes expuestas, debiéndose destacar que las actividades encargadas al demandante estaban a cargo de las divisiones comercial y de afiliados del FNA, o sea eran actividades permanentes o misionales. El hecho de que las entidades oficiales cuenten con la posibilidad de celebrar contratos estatales para desarrollar sus actividades, no quiere decir que tengan licencia para celebrar de manera absoluta este tipo de convenios

de outsourcing, pues cada situación debe analizarse en particular y en el presente caso tienen más importancia la naturaleza permanente de las actividades desplegadas, así como la carencia de autonomía del tercero, amén de la concurrencia, en las mismas actividades, de personal que era vinculado a través de empresas de servicios temporales, lo que pone de presente el marcado interés del FNA de desmarcarse de su condición de empleadora y atribuírsela formalmente a terceros, situación que no puede ser de recibo porque implicaría que la entidad pueda desarrollar su objeto social con personas que no aparecen como sus trabajadores directos, o entremezclando servidores directos con otros que no lo son, mucho más si se tiene en cuenta que no se trataba de actividades temporales sino permanentes.

En esas condiciones, estima la Sala que la condición de empleador recaía en el Fondo Nacional de Ahorro, como reclama el actor en su recurso; entidad que era la beneficiaria de las actividades realizadas por el demandante, las cuales como ya se indicó, tenían el carácter de permanentes, por tanto, se debe declarar a dicha entidad como verdadero empleador en el lapso comprendido del 8 de marzo de 2013 al 29 de agosto de 2014, debiéndose señalar que tanto Summar Temporales S.A.S. y Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. actuaron en este engranaje como simples intermediarios y por tanto, deberá examinarse si están llamadas a responder de forma solidaria.

Respecto a la responsabilidad solidaria de las Empresas de Servicios Temporales, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido el criterio, según el cual, cuando el usuario ficticio se considera como verdadero patrono, las EST pasaran a responder solidariamente por las obligaciones laborales, conforme el ordinal 3 del artículo 35 del CST (Sentencia Rad. No. 25717 del 2 agosto de 2011, Rad. 35988 del 14 de agosto de 2012, rad. 41398, SL6107-2014, SL17025-2016, SL1170-2017, SL1228-2018, SL4330-2020, SL4162-2021, entre otras), de las sentencias citadas, se advierte que en la SL4330 de 2020, la alta corporación estudió un caso contra el FNA, en donde indicó: *“En línea con lo anterior, y como en este caso el requerimiento del FNA no podía ser contratado a través de una EST, tampoco erró el Tribunal al considerar defraudatoria esta negociación y reputarlo como verdadero empleador y a la EST como solidariamente responsable”*, solidaridad que en el caso concreto también debe aplicarse, *mutatis mutandis*, a la empresa Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., siguiendo la anterior directriz de la Corte Suprema, pues si bien no es una empresa de servicios temporales, sí actuó como simple intermediaria frente a los servicios prestados por el demandante en el FNA.

Frente a la nivelación salarial, la a quo, al decidir señaló: *“En ese sentido y estudiado el acervo probatorio, no se acredita el cumplimiento de los requisitos anteriormente*

mencionados, toda vez que no se probó que hubiese identidad de funciones referente a una persona específica con uno de los requisitos principales para la procedencia de la pretensión en mención y que haya identidad en cuando a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, como también su antigüedad. Así como su nivel profesional o académico, pues no es dable para esta juzgadora suponer que las actividades que desempeñó el promotor del proceso, correspondían sin lugar a equívocos a las asignadas a un auxiliar administrativo de planta del Fondo Nacional del ahorro de la época, no siendo suficiente la aportación del manual de funciones ni lo afirmado por parte del señor Gabriel Ospina y Jonathan Jamaica, en tanto, sus dichos se limitó a indicar que la actividad ejecutada por el demandante también era ejecutada por el personal del Fondo Nacional del Ahorro, sin especificar a qué empleada hacía referencia, siendo además que las vinculaciones de los señores Ospina y Jamaica lo fueron conforme a su dicho a través de temporales, por lo que a ninguna conclusión diferente se puede llegar con los mismos. Así pues, es claro que correspondía a la parte interesada demostrar los supuestos fácticos que dan lugar a las consecuencias jurídicas reclamadas, lo cual no tuvo lugar en el presente asunto, razón está por la que no es dable proceder a realizar la nivelación pretendida, en razón a que no se cuenta con elementos de prueba que acredite de forma fehaciente la identidad de funciones con ningún otro funcionario con el mismo cargo, la parte interesada debía demostrar los supuestos fácticos que dan lugar a las consecuencias jurídicas reclamadas, motivo por el cual las súplicas de la demanda relacionada con el pago de nivelación salarial serán despachadas desfavorablemente”.

El artículo 5 de la Ley 6 de 1945, indica: “La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

Norma que cierra la posibilidad de desplegar por parte del empleador una conducta discriminatoria entre trabajadores que, cumpliendo una misma labor, sean remunerados en forma distinta; por tanto, la remuneración debe ser proporcional al esfuerzo que conlleva la labor desarrollada por el trabajador, así como a su experiencia, la preparación, aptitudes para el cargo y a sus conocimientos; está entonces prohibido al empleador fijar en forma caprichosa los salarios de sus trabajadores, con miras a discriminar y/o desmejorar a unos o bien preferir a otros, menos en eventos en que las funciones desempeñadas estén en total igualdad; en esa medida la nivelación salarial deprecada por la accionante se sustenta precisamente en la aplicación del derecho a la igualdad de los trabajadores, entendido éste como un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo circunstancias diametralmente distintas, así como la experiencia, preparación, aptitudes para el cargo y a los conocimientos entre uno y otro trabajador. Así ha sido entendido el derecho de igualdad por las corporaciones de cierre de cada jurisdicción, aclarando que la Corte Constitucional en decisiones T 018 de 1999 y SU 519 de 1997 afirmó qué, *no se*

trata de instituir una equiparación o igualdad matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales”.

En punto al tema del principio de trabajo igual a salario igual, se puede consultar la sentencia SL3370-2022 Rad. 83557 del 28 de septiembre de 2022, de la Corte Suprema de Justicia, en la que indicó lo siguiente: *“Ante el anterior panorama, como se dijo desde el inicio, y lo enseña el fallo CSJ SL12814-2016, reiterado en CSJ SL1174-2022, se encuentra que según «el artículo 5.º de la Ley 6.ª de 1945, cuando dos o más trabajadores desempeñan un trabajo en condiciones similares debe darse aplicación al principio de ‘a trabajo igual salario igual’» y los mismos proveídos enseñan que «es legítimo que existan diferencias en la remuneración de los trabajadores siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, tales como capacidad profesional o técnica, antigüedad, experiencia en la labor”.*

En este sentido, tal como lo advirtió la a quo, la petición del demandante es que se le pague *“la diferencia salarial devengada ... como trabajador en misión en relación con los empleados de la planta de la entidad”*, sin que indique el cargo ni el empleado con el que se quiere equiparar, quedando esa manifestación en el aire, en espera de que las labores por él desempeñadas encajen en las que ejecutó algún trabajador de planta del FNA, y así ocurrió, pues parte actora no acreditó que ejecutó las mismas labores que un auxiliar administrativo grado II como lo indicaron los testigos, quienes ni siquiera señalaron qué persona desempeñó ese cargo. Si bien los testigos adujeron que había personas que desarrollaban las mismas actividades, tenían diferencias en el salario, y que eso se debía a que eran desarrolladas a través de la EST, no señaló concretamente que este fuera el caso del demandante, en comparación con el que era de planta; por tanto, al no quedar acreditado que la demandante ejecutó las mismas labores que un trabajador de planta, con diferencia salarial, no hay lugar a ordenar la nivelación salarial, como si lo hizo la a quo, por tanto, se deberá confirmar la decisión de primera instancia en este punto.

Ahora, frente a la indemnización por despido sin justa causa, encuentra la Sala que si bien el monto de la indemnización no fue cuestionado, al declarar el contrato de trabajo con la demandada FNA, ello implica que se está en presencia de un trabajador oficial, lo que hace imperativo entrar a estudiar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa que corresponde, pero no según lo consagrado en el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, sino del Decreto 2127 de 1945. Es de resaltar que en caso de resultar una indemnización menor a la decretada por el juzgado no se afecta el principio de

la no reforma en perjuicio por tratarse de un tema estrechamente ligado al objeto principal de la apelación, pues no puede ser de recibo que el demandante reclame su condición de trabajador oficial y al mismo tiempo pretenda beneficiarse de la tabla de indemnizaciones vigente para el sector privado. El artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, se entiende celebrado por término de 6 meses y que se prorrogan por un plazo igual, y por ende, se debe reconocer entonces una suma equivalente al valor de los salarios faltantes para completar ese plazo presuntivo, que sería 10 días (pues el contrato vencería el 8 de septiembre de 2014 y fue terminado el 29 de agosto del mismo año) con base en un salario de \$1.066.000 pues fue el indicado por la a quo y no fue objeto de recurso, por tanto corresponde a \$319.800, por tanto, se deberá modificar la sentencia de primera instancia en este sentido.

Frente a la solicitud de absolver a la llamada en garantía Mapfre Seguros de Colombia S.A., también está llamada a prosperar, por cuanto la única obligación impuesta en esta sentencia está a cargo del FNA y las otras codemandadas resultaron exoneradas, de modo que no se cumple el presupuesto de la póliza, que es garantizar el pago de sumas que debiera pagar el Fondo como consecuencia del incumplimiento de Carvajal o de Summar.

Por último, en lo que tiene que ver con el valor de las costas de primera instancia, si bien el apoderado del FNA indica que la misma debe ser menor teniendo en cuenta el monto de las condenas, debe tomarse en consideración que lo que en el fondo se cuestiona es el monto de las agencias en derecho, pero esta no es la oportunidad para objetarlas, como lo prevé el numeral 5º del artículo 366 del CGP.

Así quedan resueltos los recursos de apelación.

Sin costas en esta instancia teniendo en cuenta que ningún recurso prosperó en su totalidad.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal 1º de la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del

proceso ordinario laboral de Julio Helí Jiménez Gómez contra FNA y otros, en el sentido de precisar que el contrato de trabajo a término indefinido allí declarado existió entre el demandante y el FNA.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 2º de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de declarar no probada la excepción de inexistencia de relación laboral propuesta por el FNA.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal 3º en el sentido de condenar a la demandada FNA a pagar al demandante la suma de \$319.800, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, en los términos previstos en el artículo 40 del decreto 2127 de 1945, suma que deberá actualizarse desde el momento en que se terminó el contrato de trabajo hasta que se realice el pago.

CUARTO: MODIFICAR el ordinal 4º en el entendido que de manera solidaria las sociedades Summar Temporales S.A.S y Carvajal Tecnología y Servicios, deberán responder por las condenas impuestas.

QUINTO: REVOCAR el ordinal 7º de la sentencia apelada, en cuanto condenó a la llamada en garantía Mapfre Seguros de Colombia y en su lugar se absuelve a esta entidad, por las razones antes expuestas.

SEXTO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia.

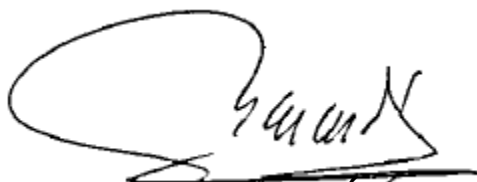
OCTAVO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CRISTIAN LEONARDO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ contra PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERÍA SAS y EQUION ENERGÍA LIMITED. Radicación No. 11001-31-05-030-**2018-00306-01**.

Bogotá D. C. veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por la demandada Equion Energía Limited y por Suramericana de Seguros S.A., contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra las demandadas para que se declare que entre él y la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. y “*en forma solidaria*” con la sociedad Equion Energía Limited existió un contrato de trabajo escrito a término fijo, vigente entre el 10 de septiembre y el 30 de octubre de 2015; y como consecuencia, se las condene a pagar a su favor el auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y su sanción por no pago de tales intereses, primas de servicios, vacaciones, salario del mes de octubre de 2015, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que laboró con la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., *"en desarrollo del contrato de asociación No. 4600001514"*, suscrito entre esa sociedad y la empresa Equion Energía Limited; que su contrato laboral lo fue a término fijo y se desarrolló en las fechas antes indicadas, en virtud del cual desempeñó actividades de recepción, organización y revisión de documentos *"CONTROL DE DOCUMENTOS"*, pactándose como salario la suma de \$1.200.000 mensuales; indica que prestaba sus servicios para Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. y *"en solidaridad"* con la sociedad Equion Energía Limited; agrega que presentó renuncia al cargo el 27 de octubre de 2015, que fue aceptada por las sociedades demandadas, teniéndose como último día laboral el 30 de ese mes y año; no obstante, su empleador condicionó el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones adeudadas, *"una vez se hiciera efectivo el cobro de lo adeudado por la sociedad EQUION ENERGIA LIMITED"*, sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda, sus acreencias no han sido pagadas; finalmente, indica que las demandadas fueron citadas para el día 8 de abril de 2016, *"a conciliar con los trabajadores que hacían parte del proyecto Orden de Servicio 4600001514"*, pero solo compareció Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S.
3. La demanda se presentó el 22 de mayo de 2018 (PDF 04), correspondiendo su conocimiento al Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que, mediante auto de fecha 13 de junio de ese año, admitió la demanda y ordenó notificar a las demandadas (PDF 05); diligencias que se cumplieron los días 18 de julio y 10 de octubre de 2018 (PDF 12 y PDF 26).
4. La demandada **Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S.** - PSI contestó la demanda, aceptando todos los hechos de la misma; indicó que dicha empresa *"fue constituida el 3 de Febrero de 2011 con el objeto de prestar servicios de Arquitectura, Ingeniería y otras actividades de Consultoría Técnica, por la motivación de Equion en desarrollo de las políticas de Participación Comunitaria, con el argumento principal de contar con una Empresa de la región, que atendiera de manera expedita las necesidades de campo a EQUION ENERGIA LIMITED (...), operador de la exploración y explotación de petróleo y gas en el Departamento del Casanare en las zonas de Cusiana, Cupiagua, Floreña y Recetor ubicadas en los Municipios de Tauramena, Aguazul y Yopal, empresa de la cual es accionista ECOPETROL en un porcentaje aproximado al 65%"*; agrega que desde su constitución tuvo como *"único cliente a EQUION con una contratación directa aproximadamente del 95% y el otro 5% con subcontratistas que prestaban sus servicios a la misma EQUION"*; no obstante, desde el

año 2014 vio “seriamente afectado su flujo de ingresos ya que EQUION decidió mediante un proceso de Invitación privada entregar gran parte de su operación y mantenimiento a una firma extranjera denominada STORK excluyendo y perjudicando seriamente no solo a mi poderdante sino a gran parte de las pequeñas empresas del Casanare. Aun así y con sus propias reservas hasta mediados de 2015 ... cumplió con todas sus obligaciones laborales, fiscales y con proveedores, situación que terminó por hacerla incurrir en mora frente a la DIAN quien como medida cautelar embargó la cuenta...”, y que “Debido al embargo de la cuenta y a que mi poderdante no consiguió que EQUION directamente pagara los salarios adeudados a los trabajadores, a pesar de que lo podía hacer según la ORDEN DE SERVICIOS 4600001514, y que tenía un saldo a su favor por valor de \$174.864.803.00”, debió dar por terminados los contratos de trabajo, “con la firme esperanza de conseguir el pago directo de EQUION a sus empleados”. No propuso excepciones (PDF 14).

La empresa **Equion Energía Limited** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones; señaló que no le consta los hechos de la misma y manifestó que “contrató los servicios de la empresa Proyectos suministros e Ingeniería S.A.S, para que los mismos fueran prestados de manera independiente y con absoluta autonomía, administrativa y técnica, por lo que no tiene conocimiento de los contratos celebrados por esta entidad”; señala que no tiene relación laboral alguna con el actor; que la demandada PSI no ha efectuado cobro alguno ante Equion por el valor adeudado y que “fue Equion, quien remitió al señor Aristóbulo Ruiz, representante legal de esta compañía el modelo del acta de conciliación que podía suscribirse con cada uno de los trabajadores de su empresa, con el fin de que mi representada procediera a pagar directamente los dineros reclamados, lo cual no fue atendido por la codemandada”; de otro lado, señala que “El objeto del contrato suscrito con la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería es ajeno al objeto social de Equion que es la explotación, desarrollo, investigación, exploración y mercadeo de aceites, minerales o petróleos, hidrocarburos de toda clase y productos derivados de los mismos”; finalmente, propuso las excepciones de inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de solidaridad, prescripción, buena fe, compensación y la genérica (PDF 27). Además, esta demandada llamó en garantía a la sociedad Seguros Generales Suramericana S.A. (PDF 29), y a la codemandada Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. (PDF 31)

5. Con auto del 3 de diciembre de 2018, el juez de conocimiento inadmitió las contestaciones de demanda allegadas por ambas demandadas; de otra parte, admitió el llamamiento en garantía de Suramericana S.A.; y una vez subsanados los escritos de contestación, con proveído del 18 de marzo de 2019 tuvo por contestada la demanda, e igualmente, tuvo por contestada la

demanda y el llamamiento en garantía por parte de Seguros Generales Suramericana S.A., y fijó como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 5 de diciembre de ese año (PDF 39).

La llamada en garantía **Seguros Generales Suramericana S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda y del referido llamamiento; afirmó que *“ha operado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y, en tal sentido, no hay lugar al reconocimiento ni pago de ninguna suma de dinero a cargo de mi poderdante, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Igualmente, se generó la terminación del seguro por agravación objetiva del estado del riesgo”*; propuso en su defensa las excepciones de prescripción de la acción del llamante en garantía, terminación del contrato de seguro por agravación objetiva del estado del riesgo, limitaciones de la póliza de seguro de cumplimiento para grandes beneficiarios No. 1161240-5, incumplimiento de las obligaciones derivadas del siniestro, coadyuvancia de las excepciones propuestas por Equion y la genérica.

6. Con proveído del 5 de abril de 2019, el juzgado dispuso adicionar el auto del 3 de diciembre de 2018, en el sentido de admitir el llamamiento en garantía *“solicitado por la demandada PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERÍA S.A.S.”* (sic), de *“la sociedad EQUION ENERGIA LIMITED”* (sic), y ordenó la suspensión de la actuación hasta que se integrara el contradictorio (PDF 42); no obstante, con auto del 10 de mayo de 2019, modificó su anterior proveído *“en el sentido de notificar a la llamada en garantía PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERÍA S.A.S.”* por anotación en estados (PDF 44), y como tal entidad no hizo pronunciamiento al respecto, con auto del 17 de junio de ese año, tuvo por no contestado el llamamiento (PDF 47).
7. El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 declaró que entre el demandante y la demandada Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. existió un contrato de trabajo del 10 de septiembre al 30 de octubre de 2015, y condenó a esa entidad a reconocer y pagar a favor del actor las siguientes sumas y conceptos: \$2.165.800 de salario; \$180.483 de cesantías; \$3.068 por intereses sobre las cesantías; \$180.483 por prima de servicios; \$85.000 por vacaciones; intereses moratorios contemplados en el artículo 65 del CST, desde el 1º de noviembre de 2015 hasta cuando se verifique el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios; \$3.068

por sanción por no pago oportuno de los intereses sobre las cesantías (según se escucha en el audio de la audiencia), aunque en el acta se consignó erróneamente “\$3.068.000”; absolvió a dicha demandada de las demás pretensiones; declaró solidariamente responsable a la demandada Equion Energía Limited, “de las condenas impuestas a PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S.”; afectó “la póliza No. 1161240-5 expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. con fecha 7 de julio de 2015 y anexos, siendo Tomador EQUION ENERGIA LIMITED y el Afianzado PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S y el BENEFICIARIO Y/O ASEGURADO EQUION ENERGIA LIMITED por “PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES E INDEMINACIONES (sic) FECHA INICIAL 29-OCT-2014 FECHA DE VENCIMIENTO 31-DIC-2018, que no sobrepase VALOR ASEGURADO \$20,000,000, hasta por el monto aquí reconocido al actor”; condenó en costas a las dos demandadas a favor del actor, tasando las agencias en derecho en la suma de \$877.803; igualmente, condenó en costas a la aseguradora a favor de Equion Energía Limited, en la suma de \$877.803 (PDF 56).

8. Frente a la anterior decisión, los apoderados de la demandada Equion Energía Limited y de la Aseguradora Suramericana de Seguros S.A., interpusieron recursos de apelación, así:

8.1. El apoderado de Equion Energía Limited manifestó que su recurso pretendía la revocatoria del ordinal 4º de la sentencia “mediante el cual se declaró solidariamente responsable a Equion, pues como sustento de este recurso y para que los honorables magistrados lo tengan en cuenta, pues vale la pena llamar la atención que de forma desafortunada el despacho no hizo un mayor análisis de fondo respecto de los verdaderos requisitos de la solidaridad en los términos del artículo 34 del CST; observamos que para hacer dicha declaración, nos manifestó que iba a tener en cuenta la sentencia SL7789 de 2016, hizo una mención de unos elementos probatorios, para concluir de forma muy sucinta que las actividades contratadas por Equion a PSI, más allá del valor contratado, manifestó que era que en efecto, a su juicio, pertenecían al giro ordinario y que no era posible cumplir el giro ordinario de Equion, sin esas labores, siendo ese el fundamento para declarar esa solidaridad, y el cual, pues por supuesto, se está en total desacuerdo y es el objeto de este recurso de apelación, toda vez que, por el contrario, si se hubiera analizado incluso la propia sentencia 7789 de 2016 que el despacho manifestó, pues se hubiera podido concluir, como se ha manifestado por parte de Equion desde la contestación de la demanda y hasta la finalización del trámite de primera instancia, que no hay solidaridad, y al respecto me permito citar brevemente la propia sentencia 7789 de 2016, que trajo el despacho a colación, dispone “de otra parte, en estricto sentido toda labor ejecutada en una empresa guardará cierta relación con su objeto social, pues se realiza en virtud de él, por y para ese fin, es decir, se da en conexidad así sea de

forma indirecta, lo que buscó el sentenciador (sic) cuando consagró la solidaridad del beneficiario de la obra, fue amparar a los trabajadores que podían ver burlado sus derechos por la contratación independiente y fraudulenta con quien en realidad tiene dentro de su fin la realización de las labores contratadas, y que coinciden con quien recibe el trabajo pero las disimula para evadir su responsabilidad”; y más adelante señala, “se impone traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en torno a que no basta simplemente para que opere la solidaridad que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de sujeto económico”, con base en esa anterior cita, pues yo me permito manifestar el total desacuerdo respecto de la conclusión del despacho al decir que supuestamente Equion no puede desarrollar su actividad económica sin el servicio que le prestaba PSI, hay una cosa muy diferente, y como bien lo explica la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que es citada por el propio despacho, que la trajo a colación, y es que por supuesto que va a haber una conexión así sea indirecta, por la sencilla razón de que una empresa no va a contratar un servicio que no necesite, eso va en contra de cualquier lógica, por supuesto que yo contrato una labor que requiera, porque lo contrario sería admitir que yo derrocho el dinero, que gasto la plata en cosas que no necesito, no, por el contrario, se contrata una actividad es porque se necesita, porque guarda alguna relación con la actividad y el objeto social en términos generales, pero el querer del legislador se puede observar en dos puntos, y el primero es una garantía a los trabajadores para que las empresas contratistas pues no sean de papel, porque no se busca que sea fraudulenta, que no sean de pronto empresas o que acudiendo pues a las diferentes facilidades en derecho societario, se creen multiplicidad de empresas para tratar de evadir la responsabilidad en la medida en que las personas jurídicas tienen una responsabilidad limitada, y en segundo lugar, pues, que sean actividades que no son normalmente desarrolladas por el contratante, y se habla mucho de ese sentido de que tienen que ser íntimamente ligadas al objeto social, es decir, repito, lo dice la propia Corte en la sentencia que acabo de leer, por supuesto que va a tener alguna relación porque yo no contrato un servicio que no necesite, porque eso sería desperdiciar el dinero, y lo que tenemos probado en el expediente para acreditar que no hay solidaridad, en primer lugar, están los certificados de existencia y representación legal de las compañías demandadas y repito, como se indicó en los alegatos, Equion se dedica y el propio despacho en su sentencia lo manifestó, actividades de exploración y explotación de petróleo, PSI se dedica a unas actividades de arquitectura e ingeniería en una consultoría técnica, que quedó probado con el contrato que se aprobó, que se aportó al expediente, que fue el que se suscribió entre Equion y PSI, el contrato de servicios 4600001514, sujeto cuál era consultoría técnica de proyectos menores Equion en las áreas técnicas, mecánicas, tubería civil, como soporte a los ingenieros de producción y coordinadores de construcción de Equion, durante las etapas de planeación de trabajos y su ejecución; conforme a los distintos testimonios recibidos, se tiene que sí, es cierto como lo dice el despacho que el valor de los servicios contratados no determina que haya solidaridad o no, eso es

totalmente cierto y no se discute, pero es que esos servicios menores no tienen nada que ver con la actividad en sí misma de exploración y explotación de hidrocarburos, acá no se dijo que a PSI se le contrató para que diseñara la construcción de un pozo, para que diseñara entonces cuánto va a producir un pozo, para que nos dijera aquí en una consultoría técnica, cuánto es que debe producir un pozo en materia de hidrocarburos para que sea rentable, cómo es que es la forma más eficiente de sacar el hidrocarburo, cómo es la forma más eficiente de explotarlo, no, de ninguna manera, eran unos proyectos menores, se dijo acá, de una tubería, y una tubería acá no se estableció que fuese pues, que pasa el hidrocarburo, tubería en general, absolutamente todas las compañías tienen tubería, todas las edificaciones, acá donde estamos, donde está cada uno de los presentes, por supuesto que hay tubería, hay esa necesidad general, pero eso no quiere decir que eso sea para la explotación y exploración de hidrocarburos, y repito, la propia Corte la sentencia SL7789 del 2016, con ponencia del magistrado Fernando Castillo, dice, hay una relación, siempre la hay, pero lo que se busca es que no sea directamente desarrollada por el contratante, y acá no quedó demostrado de ninguna manera que Equion de forma directa se dedique a la realización de planos, a la toma de medidas, a la toma de fotografías y levantar información para una posible ejecución de proyectos, y repito, PSI se contrató para una consultoría técnica, una actividad especializada porque obviamente, repito, sin tener en cuenta el valor de los servicios contratados, que en efecto no tiene nada que ver, pero era algo que PSI lo sabía hacer, y lo sabía hacer que solamente se dedicaba a la planeación, no ejecutaba, no construía los proyectos que fueron contratados, porque en efecto, de pronto si le pudo haber asistido razón al despacho, pues dice no, porque es que el mismo PSI es el que construye, es el mismo el que les hace las facilidades, y sin esas facilidades Equion cómo explora y explota hidrocarburos, pues no, PSI, la empresa demandada y que reconoció haber sido empleador, hacía un planteamiento, traía acá los planos, traía acá cómo hacerlo, pero no lo ejecutaba, y si no lo ejecutaba cómo podemos decir que eso hace parte del giro normal de los negocios, es más, eventualmente ni todo se pudo ejecutar, porque acá tampoco se demostró que absolutamente todas las labores que eventualmente le prestará PSI a Equion fueron desarrolladas, entonces, cómo podemos decir, como repito y con el mayor respeto, que concluyó el despacho que sin esas labores no era posible entonces que Equion trabajara, por supuesto que es posible, porque precisamente si son trabajos menores, pues la exploración y la explotación de hidrocarburos se hace, acá en el debate probatorio se dijo que iban eventualmente unos 2 días a campo a tomar unas fotos, a levantar información, a socializar los proyectos y que la otra parte del tiempo lo hacían en oficinas de PSI; cómo podemos decir entonces que era necesario, si la actividad de exploración de hidrocarburos es 24/7, no para, y el servicio prestado por PSI era ocasional, no necesitaba ni siquiera que estuvieran presentes los trabajadores y mucho menos el aquí demandante, la totalidad del tiempo en las instalaciones de Equion para decir sí, es que era indispensable, es que no se podía operar, Equion se paraba si PSI le dejaba de prestar los servicios, no, de ninguna manera, la actividad que desarrolla Equion se puede desarrollar independientemente de que PSI le preste sus servicios o no, y aquí el demandante en la declaración de su interrogatorio de parte que rindió, el testigo Diego

Hernández Escobar, nos contaron, así como el señor Luis Carlos Delgado, testigo traído por mi representada, que eran esas labores pequeñas que llamaban esos denominados chicharrones, esas actividades de proyectos menores, eran cosas de pronto que se podía mejorar, pero repito, que se pudiera mejorar no quiere decir que la operación de Equion se para, que la operación de Equion está totalmente paralizada, porque de ninguna manera es así, Equion puede trabajar independientemente de que PSI le preste uno de sus servicios, entonces, no podemos decir como lo repito, desafortunadamente lo concluyó el despacho, que las actividades contratadas a PSI si hacen parte del giro ordinario de los negocios, porque desafortunadamente ese es un análisis muy plano que no se compagina con lo dispuesto en el artículo 34 del CST, cuando el legislador condiciona a que sean actividades que no son normalmente desarrolladas por el beneficiario de la obra, por el dueño del servicio, y repito, acá quedó demostrado que Equion no se dedica a hacer eso, Equion no hace eso, no hay una conexidad directa, no son dependientes las actividades prestadas por PSI a Equion, no de ninguna manera, Equion va a producir, va a hacer su exploración y explotación de hidrocarburos, sin que PSI esté ahí, son unos proyectos menores, eso da cuenta de la importancia y de que no se necesita, es que no es indispensable, no hay una conexión directa para haber concluido de forma tan somera la existencia de una solidaridad y, repito, la Corte Suprema de Justicia en esa sentencia SL7789 que el propio despacho trajo a colación, nos dice que siempre va a haber una relación en las actividades, y eso parte de la lógica empresarial de que yo no contrato algo que no necesite, porque entonces eso es llegar al extremo de que si yo necesito luz para trabajar entonces el prestador del servicio de luz es responsable, y solidariamente yo voy a ser responsable de las empresas, porque no es así, no todos los contratistas van a extender una solidaridad más allá, ahora, y el otro propósito de este artículo 34 es que no sean empresas fraudulentas, que no se creen empresas de papel, acá PSI y sus propios representantes nos hacen ver que PSI es una empresa cumplidora, pudo mantenerse en el tiempo durante bastantes períodos, cumpliendo con sus obligaciones, no era una empresa de papel, está legalmente constituida, tuvo otros clientes, el propio señor Aristóbulo dijo que tenía otros clientes, que su operación no dependía únicamente de Equion, que Equion de pronto fuera el que más ingresos le representaba eso es otra cosa, pero no quiere decir que haya sido, pues, una maniobra fraudulenta por parte del PSI y Equion en esa contratación, de ninguna manera, acá no se están vulnerando los derechos de los trabajadores y en ese sentido no hay lugar desde la perspectiva de la finalidad del legislador, de querer proteger a los trabajadores para decir que aquí hay una actuación fraudulenta y que se requiere entonces que el dueño de la obra o el beneficiario del servicio vaya a responder por las labores y es más, tan PSI es empleador independiente que reconoció la existencia de la deuda, entonces, yo considero que si alguien reconoce la existencia de la deuda, debe ser porque tiene cómo pagar, porque sabe cómo es, entonces en ese sentido, pues repito, el análisis de la existencia de solidaridad no se hizo adecuadamente conforme a lo dispuesto por el legislador en el artículo 34 del CST, así como tampoco la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, e incluso, con el propio pronunciamiento que el juzgado nos trajo como colación dentro de los extensos porque, en efecto, hay muchísimos y diversos, también sobre la

solidaridad, debiendo entonces revocarse ese numeral que es el que afecta a Equion en el sentido de declararla solidariamente responsable; y finalmente, para este recurso de apelación, se tiene en cuenta que el propósito del llamamiento en garantía efectuada por Equion a PSI, conforme al llamamiento radicado, no hace parte en sí misma de la solidaridad, sino de una estipulación contractual como se dejó constancia en el llamamiento en garantía y se considera por parte de Equion que no basta con que se haya condenado de forma directa a PSI y solidariamente a Equion para resolver el llamamiento en garantía, porque es que el contrato comercial suscrito entre las partes y que dio lugar al llamamiento en garantía, que fue admitido por el despacho en su numeral 1.6, nos trae una estipulación diferente, y dispone que, cuando por decisión judicial o por mandato legal se determine que Equion es solidariamente responsable del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, el contratista se obliga a reportar a Equion dentro de los 10 días siguientes a la notificación, que Equion formula al contratista las sumas pagadas por ese concepto, y en el caso que no reembolse dichas sumas, el contratista faculta a Equion para descontarlas de cualquiera de las sumas que este le adeude o cobrarlas por vía ejecutiva, para lo cual, la orden de servicios prestará mérito ejecutivo, entonces vemos que el objeto del llamamiento en garantía tal cual está en la estipulación contractual, no es solamente que se condene solidariamente responsable a PSI, a Equion, más allá de que la condena a Equion es improcedente, sino que, como sucede en el caso de la llamada en garantía Suramericana de Seguros, en la eventualidad de que Equion tenga que pagar, pues que sea PSI de acuerdo al procedimiento, a la propia estipulación contractual, el que le reembolse a Equion lo que se compensen los servicios, que es el mismo funcionamiento como se da con la llamada en garantía en virtud de la póliza de Suramericana de Seguros, es totalmente diferente a que se declare solidariamente responsable, a que se declare, como era el propósito del llamamiento en garantía, que en caso de que Equion tenga que pagar algo, se le faculte para que cobrar PSI, eso era lo que se quería y que se considera por parte de este apoderado que el despacho no resolvió, no se pronunció en los términos del llamamiento, que era una vinculación diferente, solicitando también en el recurso de apelación, en la eventualidad, que se espera que no sea así, que se confirme la solidaridad de Equion, pues que se analice también ese punto del llamamiento en garantía a PSI y de ser el caso se determine esa responsabilidad, dejando así sustentado el recurso de apelación”.

8.2. Por su parte, el abogado de Suramericana de Seguros S.A. indicó que “el llamamiento en garantía tal y como lo establece el artículo 64 del Código General del Proceso, se hizo con base en un contrato, y es el contrato de seguro que enuncia perfectamente el señor juez en su sentencia, sin embargo, no se tuvo en cuenta señor juez, y en eso disiento del despacho, que probado está en el proceso que ni el asegurado PSI o sea la demanda Proyectos y Suministros Ingeniería SAS, ni quien nos llamó en garantía a Seguros Generales Suramericana, Equion Energía Limited, que también fue demandada, no se tuvo en cuenta que en el proceso se probó que ninguno de ellos informó acerca de la existencia de un proceso coactivo iniciado por la DIAN en contra del asegurado Proyectos y Suministros, que le estaban embargando unas

cuentas bancarias por el estado de liquidez de Proyectos y Suministro, porque ambos sabían de los retrasos en el pago de las obligaciones laborales a favor de los trabajadores de PSI, ambos sabían de unas negociaciones efectuadas entre Proyectos y Suministros e Ingenierías SAS y Equion Energía Limited, y eso se probó con la confesión de los representantes legales, tanto de Proyectos y Suministros e Ingenierías SAS y Equion Energía Limited, que están demandados en este proceso, y cuándo conocieron de eso señor juez, también se probó que Proyectos y Suministros desde el 12/12/2015 lo sabía, y desde el 18/12/2015 lo sabía Equion Energía Limited, y de acuerdo con las normas que tienen que aplicarse, obviamente, porque el contrato de seguro es por lo cual se llama en garantía por parte de Equion, no se puede desconocer entonces esa parte del llamamiento en garantía en cuanto al contrato, entonces, conocidas esas circunstancias, porque lo confesaron en este proceso, además, la testigo Adriana Gómez también lo afirmó que no se informó sobre esas circunstancias, pues de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, norma que en materia de seguros de daños se aplica en este caso, pues el contrato de seguro de cumplimiento se terminó porque no se informó dentro de los 10 días, o lo que es lo mismo, Equion no informó y sabía de esta situación desde el 18/12/2015, o sea que el 28/12/2015 terminó el contrato; y desde el 28/12/2015 a esa fecha ya se le había terminado también, la cobertura para Proyectos y Suministros e Ingenierías SAS, o sea, desde diciembre de 2015 se había terminado el contrato o lo que es lo mismo, terminado el contrato dejó de existir el contrato porque no cumplieron con estas obligaciones, y terminado el contrato no existía cobertura en cuanto a las prestaciones sociales a las que también hizo referencia al señor juez, que era una de las coberturas, dice pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, claro señor juez, eso lo cubría, pero dejó de cubrirse a partir de esa fecha, y terminado el contrato de seguro, pues no podría cubrir respecto del demandante, obviamente entiendo señor juez, que en materia laboral para el demandante se le aplica los 3 años pero respecto de los empleadores, no respecto de la aquí llamada en garantía, porque la llamada en garantía por Equion para pagar en caso de que resulte afectada por las resultas de la sentencia, como en efecto resultó, pero resulta que el señor juez, indirectamente, afecta al demandante porque el contrato directamente afecta a Equion, o lo que es lo mismo señor juez, terminado el contrato en diciembre de 2015, dejó de cubrir las prestaciones sociales, eso afecta indirectamente al demandante que fue el empleado de la demandada Proyectos y Suministros e Ingeniería SAS, en ese orden de ideas, no se puede aplicar la norma de los 3 años respecto del empleado con la compañía porque la ley laboral no plantea solidaridad alguna respecto de la aseguradora, lo que se plantea aquí es un contrato de seguro respecto del cual llamó en garantía Equion, y por eso es que, señor juez, disiento de la sentencia que como le digo, pues la respeto profundamente como cualquier decisión de la administración de justicia, y en ese orden de ideas, como ellos conocieron en diciembre de 2015, entonces se cuentan los 2 años de prescripción de que trata el artículo 1081, que es la prescripción ordinaria, y en ese orden de ideas, si el llamamiento en garantía se hizo el 25/10/2018, entonces ya habían pasado más de los 2 años, y como le digo señor juez, pues en ese orden de ideas pues afecta indirectamente al demandante, que además señor juez, no demandó a la compañía, demandó fue

directamente a PSI Proyectos y Suministro e Ingenierías SAS, y demandó directamente a Equion, esos son mis reparos señor juez, tanto de hecho, en cuanto a la valoración de la prueba, como de derecho, y en ese sentido, dejo sustentado el recurso de apelación”.

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 10 de noviembre de 2020; después, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual los allegaron.

El apoderado del **demandante** básicamente solicita se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto se probó la responsabilidad solidaria de Equion Energia Limited.

La demandada **Equion Energía Limited** reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, porque considera que no se cumplen los requisitos legales para declarar la solidaridad, como quiera que *“la sociedad aquí empleadora no fue contratada para la exploración o explotación de hidrocarburos, sino para labores de ingeniería de detalle, como lo son, por ejemplo, la elaboración de planos o disposición de materiales, sin que de ninguna manera PSI S.A.S. se dedicara a la construcción de facilidades para la exploración o explotación de hidrocarburos, ni mucho menos operaba o realizaba alguna gestión para la extracción o comercialización de dicho producto”,* por lo que esas labores ejecutadas por PSI no hacen parte del giro ordinario de los negocios de Equion, las que tampoco eran permanentes, ni necesarias para desarrollar el objeto social de Equion, aunado a que las labores desarrolladas por el demandante, las desempeñaba *“en las oficinas de PSI en Yopal o Tauramena (así lo indicó en su interrogatorio), insistiendo en que estas labores no son directamente relacionadas con la exploración o explotación de hidrocarburos, ni mucho menos eran necesarias o afines para el desarrollo de las actividades de mi poderdante”.*

Finalmente, la aseguradora **Suramericana de Seguros S.A.**, reiteró que en este caso operó la prescripción de la acción, pues en materia de contratos de seguros aplica la ley comercial y no la ley laboral; de otro lado, reitera que *“la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios No. 1161240–5 terminó por la ausencia de notificación de la agravación objetiva en el estado del riesgo, tal como lo dispone el artículo 1060 del Código de Comercio”,* por lo que la sentencia debe ser revocada.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son, por parte de la demandada Equion Energía Limited: *i)* analizar si en este caso se configura la solidaridad declarada por el juez, en los términos del artículo 34 del CST; y de mantenerse la decisión del juez, *ii)* examinar si procede el llamamiento en garantía de la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., por las condenas impuestas en solidaridad a Equion; y por parte de la sociedad Suramericana de Seguros S.A., *iii)* establecer si se configuró la excepción de prescripción frente a dicha aseguradora, y si en general, había lugar o no, a afectar la póliza de seguros objeto de debate, por haberse terminado el contrato de seguro de cumplimiento el 28 de diciembre de 2015.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia de la relación laboral entre el demandante y la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., vigente del 10 de septiembre al 30 de octubre de 2015, y que dicha empresa, aquí demandada, no le pagó las acreencias laborales a su trabajador.

El a quo al proferir su decisión, y frente a los puntos objeto de apelación, consideró lo siguiente: respecto a la solidaridad de la empresa Equion Energía Limited, señaló que al estar demostrado que la empresa Proyectos Suministros e Ingenierías SAS “contrató los servicios del demandante para hacer una serie de estudios técnicos a través de la recepción, revisión, control, elaboración de documentos, organización de la información, generación de plan de trabajo, registros periódicos que horas empleadas en cada proyecto, entre otros, la asistencia a los campos, a hacer levantamientos, como lo dijeron los testigos, con la empresa Equion Energía limited, y encontramos entonces claramente, pues que, el objeto social, como acertadamente lo dijo el apoderado judicial de que es la explotación y exploración de hidrocarburos, gases y otros aspectos que están consignados, y las labores contratadas por la empresa Proyectos Suministros e Ingenierías SAS, era para elaborar algunas obras de carácter menor, según lo manifestaron los testigos, manifestaron también algunos

intervinientes, obras de carácter menor porque habían unos contratos altamente costosos dentro de la empresa Equion Energía Limited, entonces estos contratos debía realizarlos esta empresa Proyectos Suministros e Ingenierías SAS, pero estos contratos así hayan sido de menor envergadura, como lo dijo alguno de los testigos, chicharrón, eran proyectos pequeños, chicharrones, pero que necesitan de grandes soluciones, pues indudablemente pertenecen al giro ordinario de los negocios, porque si no hay elaboración, sin el trabajo, sin la formación de estos correctivos, pues no era posible cumplir con su objeto social la empresa llamada a responder solidariamente, hablamos de Equion Energía Limited", por lo que había lugar a declarar la solidaridad, y en ese sentido, era viable afectar la póliza expedida por Suramericana S.A., pues la misma se "tomó precisamente porque así lo exigió la empresa Equion Energía Limited, y el afianzado es Proyectos Suministros e Ingeniería SAS, y el beneficiario es Equion Energía Limited", con vigencia del 29/10/2014 al 31/12/2018, la que cubre el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista, "garantizando cuando aquél sea solidariamente responsable de la misma, conforme el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo". En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por esta aseguradora, señaló el a quo que los "términos de 2 años son únicamente para reclamar aspectos de carácter civil o comercial", y que en materia laboral se aplica la norma especial, que son los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST "y es a esos 3 años que hacemos referencia para todo el asunto de acciones que se generen con ocasión de una relación de carácter laboral y de las que ella se derivan, como es la solidaridad o la responsabilidad de las compañías de seguros cuando expiden las pólizas, precisamente para garantizar el pago de dichos salarios y las prestaciones sociales, como también de esas indemnizaciones", y como en este caso la demanda se presentó dentro del término trienal, la prescripción no se configuraba. Finalmente, en cuanto a la excepción de agravación objetiva de riesgo, indica que si bien la aseguradora menciona que no se comunicó la existencia del siniestro dentro de los 3 días siguientes, lo cierto es que "al momento de la notificación correspondiente por parte del despacho del llamamiento en garantía, se cumple con todos aquellos requerimientos judiciales que exigía la norma, por esa razón, es una carga que no debe por qué asumir el trabajador, que es la parte débil de la relación laboral, él no era conocedor precisamente de la existencia de la póliza que le exigió la compañía Equion, precisamente, para garantizar ese pago, por lo tanto, no podemos cargar esta obligación, y debe entonces responder, considera este servidor judicial, por las obligaciones que fueron contraídas precisamente para garantizar las obligaciones que solidariamente debe responder Equion Energía Limited".

Frente al tema de la solidaridad de la demandada Equion Energía Limited, y los cuestionamientos que hace esta entidad al sustentar el recurso de apelación, debe decirse lo siguiente:

El artículo 34 del CST, invocado por el a quo para sustentar la responsabilidad solidaria, consagra: “Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores**, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores...” (Resalta la Sala).

Según la citada disposición los empresarios pueden valerse de terceros para desarrollar su objeto social, lo cual supone la existencia de un contrato civil o comercial entre el dueño de la obra o beneficiario de los servicios y el contratista independiente, y un contrato laboral entre este y los colaboradores que para tal fin utiliza. Además, requiere que el contratista se obligue a ejecutar la obra con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio; y de parte del contratante que se obligue a pagar por el servicio un precio determinado.

Como lo ha dicho de antaño la Corte Suprema de Justicia “*el primer contrato ofrece dos modalidades así: 1ª La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución; y 2ª Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En el primer caso el contrato de obra solo produce efectos entre los contratantes; en el segundo entre estos y los trabajadores del contratista independiente...Según lo expuesto, para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal*” (sentencia de 8 de mayo de 1961, G.J. 2240, página 1032). Sobre la noción de actividades normales o corrientes, la misma Corte en sentencia de 25 de mayo de 1968 asentó: “*...Nuestro Código Sustantivo del Trabajo se muestra más comprensivo todavía, porque el referirse a <labores extrañas a las actividades normales, de la empresa o negocio>, para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario*”.

En este proceso quedó fehacientemente demostrado que la empresa Equion Energía Limited en calidad de contratante y Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. como contratista, celebraron el 27 de octubre de 2014, un “*CONTRATO DE ASOCIACIÓN O DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN*”, con orden de servicios No. 4600001514; así se desprende tanto de los interrogatorios de parte de los representantes legales de cada una de esas entidades, como de las contestaciones de demanda, y se corrobora con el documento que obra en las páginas 33 a 71 del archivo PDF 03, cuyo objeto es la “*Consultoría técnica Proyectos Menores EQUION, en las áreas técnicas Mecánicas, Tuberías, Civil, como soporte a los Ingenieros de Producción y Coordinadores de Construcción de EQUION, durante las etapas de planeación de trabajos y su ejecución*”, con vigencia del 29 de octubre de 2014 al 30 de junio de 2015. No obstante, reposa “*OTROSÍ No. 1 ORDEN DE SERVICIOS No. 4600001514*”, en el que las referidas empresas acordaron ampliar el plazo de la ejecución del contrato hasta el 31 de diciembre de 2015 (pág. 73-76 PDF 03).

De manera que el referido contrato establece una relación entre el dueño de la obra o beneficiario del trabajo (Equion Energía Limited) y el contratista independiente (Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. “PSI”), en los términos del artículo 34 del CST.

Ahora, para definir si hay lugar a la responsabilidad solidaria que dicha norma establece, es preciso detenerse, en primer lugar, en el objeto social de las referidas empresas, según consta en los certificados de existencia y representación legal (pág. 1-7 y 8-32 PDF 03), en los que se advierte que la empresa contratante Equion Energía Limited está dedicada a la explotación, desarrollo, investigación, exploración y mercadeo de aceites minerales o petróleo, hidrocarburos de toda clase y productos derivados de los mismos y la exploración, desarrollo, investigación, explotación y mercadeo de minerales, productos mineros y otros productos derivados de los mismos. Por su parte, la contratista Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., tiene como objeto la ingeniería de detalle de tuberías; cálculo y diseño de estructuras metálicas; diseño, fabricación y venta de soportería metálica para tubería; compra, venta, distribución, importación, exportación en general la comercialización de artículos, elementos y productos para el sector petrolero y químico; compra, venta, distribución, importación, exportación y en general la comercialización de todas las materias primas y equipos para producir soportería mecánica para tubería; representación de casas nacionales, o extranjeras que fabriquen o suministren productos similares o complementarios de los señalados en los

puntos anteriores y la comercialización de tales productos; desarrollo y capacitación técnica en diseño, construcción y montaje en las áreas de tuberías, estructuras metálicas bajo estándares, códigos y normas aplicables.

Lo anterior permite afirmar que aunque Equion Energía Limited y Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. no se dedican a la misma actividad económica, la desarrollada por la contratista era indispensable para el cumplimiento del objeto social de la empresa contratante, y, en este aspecto, resulta necesario poner de presente la definición de contrato de consultoría, ingeniería de detalle, actividad que realizaba Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., y la importancia de esa labor frente a la ingeniería de detalle de tuberías, conforme al objeto social de la contratista, y que según el apoderado de Equion se dedicaba PSI.

Los contratos de consultoría, según el numeral 2º del artículo 32 de la Ley de Contratación Estatal, son los que hacen referencia a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión; y aquellos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Para dimensionar el alcance de la expresión "ingeniería de detalle", se puede consultar el libro "Apuntes de Proyectos de Ingeniería", Tema 4 "Ingeniería de Detalle", páginas 77-92, en el que define la Ingeniería de Detalle o Diseño de Detalle, en "la fase en la que quedan definidos todos y cada uno de los subsistemas, componentes o partes que integran el proyecto, de tal manera que los documentos que lo desarrollan han de ser suficientes para llevarlo a la práctica, ya sea bajo la dirección de los mismos proyectistas o por otro equipo de ingeniería distinto", agrega que dicha fase siempre existe "independientemente de las características del proyecto y del objeto que se persigue", y se diferencia de las demás fases de un proyecto "porque, así como en las otras fases los objetivos son los de analizar el problema y definir las soluciones más adecuadas, en esta fase, esas soluciones deben concretarse en respuestas únicas que han de describirse en su totalidad y con el detalle necesario para su posterior transformación en una realidad. En este sentido la precisión que se requiere es alta, no permitiéndose errores importantes ni valores estimativos, aunque en ocasiones no es posible disponer de toda la información que garantice una elevada fiabilidad en los resultados del proyecto. En general, se puede considerar que un proyecto está bien calculado y

diseñado en detalle cuando las desviaciones entre el presupuesto de inversión estimado y la inversión real que resulta tras la construcción del objeto del proyecto no son superiores a un 5%"; además, menciona como objetivos de la ingeniería de detalle, entre otros, las de "Suministrar toda la información técnica, económica y legal al promotor" y "Suministrar los datos técnicos, detalles constructivos y condiciones en que debe fabricarse (o construirse) el objeto del proyecto" (Subraya la Sala).

Por su parte, en el "Texto L12-Ingeniería Detalle" de la Universidad de la Rioja – España, agrega que la ingeniería de detalle toma la información procedente de la etapa anterior, de la ingeniería básica, y la desarrolla hasta el grado de detalle establecido en el contrato, suficiente para acometer la construcción del proyecto en la forma que se haya previsto, ya que, el no contar con esta información completa, "ocasionan retrasos y encarecen esta etapa de la ingeniería de detalle", y por esa razón, al concluir la ingeniería de detalle "se dispondrá de toda la documentación necesaria para la compra de todos los equipos y materiales necesarios para el proyecto, así como para la construcción y montaje de las instalaciones objeto del mismo". Frente a la actividad de tuberías, señala que el mismo se incluye cuando "existan instalaciones importantes de proceso, como es el caso de las refinerías de petróleo o de las plantas químicas", pues en este caso, se requiere un estudio completo, en aspectos de implantación, cálculo de tensiones, estudios de corrosión, selección de accesorios, planos de plantas, alzados y secciones, Take-off de materiales y maquetas).

Vistas así las cosas, resulta claro que la actividad de ingeniería de detalle de tuberías que realizaba la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., y a cuyos contornos y especificidades se hará mención más adelante, era necesaria e indispensable para Equion Energía Limited, pues los estudios, cálculos y diseños que la primera efectuara, y los documentos que elaborara, constituían el punto de partida para que la segunda pudiera hacer realidad un proyecto. Ahora, no puede pasarse por alto que el objeto del contrato suscrito entre estas dos empresas, consiste en la "Consultoría Técnica Proyectos Menores EQUION, en las áreas técnicas Mecánicas, Tuberías, Civil, como soporte a los Ingenieros de Producción y Coordinadores de Construcción de EQUION, durante las Etapas de Planeación de Trabajos y su ejecución", con lo que se corrobora que ese servicio de consultoría prestado por Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. a favor de Equion Energía Limited, era fundamental para las etapas de planeación y ejecución de los proyectos de Equion, por lo que en ese orden, no queda duda que las actividades que llevó a cabo el contratista independiente, Proyectos

Suministros e Ingeniería S.A.S., tienen relación con el giro ordinario de los negocios de la beneficiaria Equion Energía Limited, en la medida en que las labores de consultoría demandadas por el contratista eran requeridas, precisamente, para que la beneficiaria pudiera desarrollar su objeto social, labores en las que el demandante desplegó su actividad personal, sin que ello hubiese sido cuestionado por las partes, pues el actor desempeñó labores de "CONTROL DE DOCUMENTOS", cuyas funciones eran las de "Recepción de la documentación", "Revisión de la documentación", "Organización de la Información", "Control de la documentación", "Seguridad de la información", "Elaboración de Documentos", "Generación de Plan de Trabajo", entre otras, según se desprende del contrato de trabajo suscrito (pág. 80-84 PDF 03); y como antes se advirtió, dicho proceso de documentación en la etapa de ingeniería de detalle, actividad que prestaba la empresa contratista, era necesario y completo para llevar a la práctica los proyectos, en este caso, de Equion Energía Limited, sin que pueda sostenerse que solo los que ejecutan trabajos materiales en las obras propiamente dichas, se entienden vinculados al objeto de la contratante, porque a juicio de esta Sala también los están las personas que laboran en los estudios técnicos que deben elaborarse para que esos trabajos materiales puedan llevarse a cabo. Por lo que ello implica que esta última sea solidariamente responsable de las condenas impuestas al empleador del demandante, Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., en los términos del citado artículo 34 del CST.

Ahora, no es posible resolver el presente caso como lo hizo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL7789 de 2016, pues en esa oportunidad dicha Corporación concluyó que no había solidaridad entre la contratista y el dueño de la obra porque la primera, que era una persona natural, se dedicaba a la adecuación y mantenimiento de instalaciones, mientras que el banco contratante tenía un propósito financiero, por tanto, "salta de bulto que las dos no son de la misma esencia ni envergadura", y en ese orden, las labores de reparación y mantenimiento ejecutadas por la contratista independiente no correspondían a las del giro ordinario de la entidad bancaria. No obstante, en esa sentencia la Corte enfatizó que la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra "exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social. No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que

las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines". Además, reiteró lo dicho en la sentencia del 20 de marzo de 2013, radicación 40.541, *"en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste"*. Por tanto, considera la Sala que dicha jurisprudencia reafirma que en el asunto acá analizado se da la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST, pues en efecto, las actividades realizadas por PSI cubren una necesidad propia e indispensable de Equion, y las mismas están relacionadas con su objeto social.

Lo anterior también se corrobora con lo dicho por los testigos, y al respecto, el testigo **Luis Earles Delgado**, que era el gerente de órdenes de servicio de EQUION, explicó que PSI prestaba el servicio de *"consultoría, de ingeniería de detalle, actividades de condicionamiento, evaluaciones técnicas, presupuestos preliminares, cosas de ese tipo para hacer digamos, actividades menores de la operación"*, por lo que hacían *"actividades de levantamiento de información y evaluaciones técnicas, todo lo que tenía que ver con el tema de consultoría para la ingeniería"*, y *"Ellos tenían la responsabilidad de que todas las actividades que desarrollaran, debían estar documentadas, y ser parte de los documentos de ingeniería del proyecto"*; y que para tomar esa información PSI tenía que acudir a la planta de Equion; citó como ejemplos de los servicios prestados por PSI, cuando Equion necesitaba *"tender una tubería de la cabeza de un pozo a otro para inyectar gas, que era una práctica que se tenía en esa época, entonces nosotros contratamos los servicios de PSI para que hiciera la evaluación técnica de los requerimientos para hacer ese trabajo, identificar materiales, definir digamos lo del trazado de la línea, cosas de ese estilo que dieran el suministro suficiente para que el constructor que no eran ellos, era otra compañía, pudiera ejecutar esa actividad y tener esa línea de inyección lista para nosotros poder llevar el gas de un punto a otro, ese es un ejemplo de una actividad; otras actividades están relacionadas con actualizar planos, hacer levantamientos de pronto de algún inventario, de equipos, que también se hizo en esa época, identificar materiales que nosotros pudiéramos utilizar de unos proyectos que ya se han cerrado, que en otros proyectos nuevos que vinieron en pro de optimizar el recurso, cosas de ese tipo, en algunas actividades, por ejemplo de acondicionamiento, donde lo que hay que verificar es que el constructor haga los trabajos bajo su calidad y pues bajo los estándares y nosotros estar seguros de que ese trabajo que se ejecutó, cumple con las normas y los podemos utilizar con seguridad"*; explicó que en un proyecto, así fuera pequeño, debía hacerse la ingeniería conceptual, ingeniería básica, y la ingeniería de detalle, y que PSI les colaboraba en los temas de ingeniería de detalle; finalmente, señala que PSI es una empresa de ingeniería, y *"desarrollan actividades que nos ayudan para el desarrollo de los proyectos"*. Ahora, la señora **Adriana Gómez**, quien,

si bien realizó el contrato de prestación de servicios suscrito entre PSI y Equion, señaló que *“no conoce el detalle de la ejecución del contrato”*, agregó que para esa ejecución los trabajadores de PSI debían acudir a las instalaciones de Equion *“a levantar información para hacer sus diseños”*, y que las órdenes de trabajo que se daban a PSI *“están asociadas a ingeniería para planeación, preliminares, para modificaciones a los trabajos a la planta o a la operación, esas ingenierías están asociadas básicamente de tipo mecánico, civil y de tuberías, que es el foco de estos trabajos...”*. Por tanto, resulta palmario que las actividades que prestaba PSI eran necesarias para EQUION, no solo porque realizaba la ingeniería de detalle de los proyectos de EQUION, que, como antes se explicó, es una fase requerida en los proyectos, como lo ratificó el testigo Delgado, sino que también, hacían la actualización de planos para *“tender una tubería de la cabeza de un pozo a otro”*, precisamente, para la conducción de hidrocarburos, por lo que en realidad, se trata de una actividad afín al objeto social de la beneficiaria de la obra. Además, los testigos **Erika Taitona López y Diego Hernán Escobar Castiblanco**, manifestaron que el demandante se encargaba de tomar las fotografías en el campo, de tomar medidas para realizar los planos y realizar los montajes, las ingenierías que iban a desarrollar los ingenieros (Erika López), y de compilar todas las fotografías de los levantamientos hechos en las instalaciones de Equion y de toda la documentación necesaria, como las planimetrías, para la ejecución del contrato que tenía PSI con EQUION (Diego Escobar); y como ya se consignó, el testigo **Luis Earles Delgado**, fue claro en señalar que todas las actividades desarrolladas por PSI debían estar documentadas, porque hacía parte de los documentos de ingeniería del proyecto a desarrollar, por lo que en ese sentido, la labor concreta del demandante guardaba correspondencia con el objeto social de Equion.

Es cierto que el testigo **Diego Hernán Escobar Castiblanco** indica que PSI se encargaba de proyectos menores, o como lo enunció, de *“chicharrones”*, en ejecución del contrato con Equion, sin embargo, explicó que tales proyectos, *“eran pequeñas ingenierías”* que no hacía el otro contratista de Equion, de nombre Stork, por falta de tiempo, y explica que los mismos constituían proyectos que requería Equion, por lo que PSI debía hacer el levantamiento o la proyección de lo que necesitaban, y hacer los planos correspondientes, que *“generalmente esos chicharrones eran para aumento de producción, por ahí para evitar algunas pérdidas”*, que tenían un costo para Equion de 40 millones, de 100 millones o 120 millones; como quiera que los proyectos grandes superaban los *“miles de millones”*; a manera de ejemplo, señaló que los proyectos menores se hacían cuando

habían “pérdidas de crudo”, “porque esa tubería estaba muy angosta o algo, pues necesitamos cambiar el diámetro, o necesitamos añadir una válvula para poder hacer un bypass de aquí a allá, para evitar, para no hacerle cierto tratamiento, para sacar así crudo más rápido o algo”, o para “mandar hacer esta tubería”, y también “había algunos chicharrones que eran para mejorar algunas capacidades de producción, siempre amplio”; por lo que se concluye que, aunque los proyectos desarrollados por PSI se denominaban menores, no por ello dejaban de tener importancia para Equion, pues, por el contrario, se observa que constituían actividades necesarias para Equion, ya fuera para aumentar la producción de hidrocarburos o para evitar su pérdida.

En consecuencia, en este punto, se confirmará la decisión de primera instancia.

Ahora bien, frente al llamamiento en garantía solicitado por Equion Energía Limited, respecto de la codemandada Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., para que responda por las condenas que le fueron impuestas en solidaridad, considera la Sala que hay lugar al mismo, pues, aunque Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S. fue condenada como deudora principal y Equion Energía Limited en solidaridad, en los términos del artículo 34 del CST, lo cierto es que dicha norma indica que dicha solidaridad “no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”, y para tal efecto, en el contrato de prestación de servicios suscrito entre tales empresas, se pactó en el parágrafo del numeral 1.6. que “Cuando por decisión Judicial o por mandato legal se determine que EQUION es responsable solidariamente del pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, el CONTRATISTA se obliga a reembolsar a EQUION, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que EQUION formule al CONTRATISTA las sumas pagadas por estos conceptos, y en el caso en que no reembolse dichas sumas, el CONTRATISTA faculta a EQUION para descontarlas de cualquiera de las sumas que este le adeude o a cobrarlas por vía ejecutiva, para lo cual la ORDEN DE SERVICIOS prestara merito ejecutivo” (pág. 45 PDF 03).

Además, conviene aclarar que resulta procedente el llamamiento en garantía solicitado por Equion frente a la otra demandada, pues así se desprende de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 66 del CGP, máxime cuando en el caso concreto, se cumplen los presupuestos del artículo 64 de la misma norma.

Por tanto, se revocará parcialmente la sentencia apelada en el sentido de indicar que, una vez la demandada solidaria Equion Energía Limited pague al

demandante las condenas que fueron impuestas por el a quo a la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., y siempre y cuando las mismas no sean cobradas o pagadas por la aseguradora, cuya póliza corresponde afectar como enseguida se explicará, Equion Energía Limited pueda descontarlas de las sumas que le adeuda a Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S., como bien quedó acreditado dentro del expediente, y así lo acepta la misma demandada Equion Energía Limited tanto en su escrito de contestación de demanda como en el interrogatorio de parte que rindió su representante legal.

Ahora, respecto el recurso presentado por Suramericana de Seguros S.A., señala dicha aseguradora que no había lugar a afectar la póliza de seguros No. 1161240-5 por cuanto el contrato de seguro de cumplimiento terminó el 28 de diciembre de 2015, como quiera que no se realizó la notificación de la agravación objetiva en el estado del riesgo, dentro del término de 10 días siguientes al conocimiento de esa circunstancia, como lo dispone el artículo 1060 del Código de Comercio, pues así se pactó en la póliza de seguro de cumplimiento para grandes beneficiarios.

Para negar lo solicitado por Suramericana, basta con decir que en el numeral 6º de las condiciones generales de la póliza de seguros, se estableció que el contrato de seguro terminaría en virtud de lo establecido por el artículo 1060 del Código de Comercio, ***"si se introducen modificaciones al objeto o a las obligaciones, a la vigencia y/o al valor del contrato garantizado, en el evento en que las mismas no sean informadas a la compañía aseguradora dentro de los 10 días siguientes, para efectos de que esta evalúe el riesgo y determine si otorga o no cobertura a dichas modificaciones"*** (Resalta la Sala), no obstante, en el presente caso no se acreditó que se hubiesen introducido modificaciones al contrato garantizado, que en el caso lo es el contrato de ***"CONSULTORÍA TÉCNICA PROYECTOS MENORES EQUION, EN LAS ÁREAS TÉCNICAS MECÁNICAS, TUBERÍAS, CIVIL, COMO SOPORTE A LOS INGENIEROS DE PRODUCCIÓN Y COORDINADORES DE CONSTRUCCIÓN DE EQUION, DURANTE LAS ETAPAS DE PLANEACIÓN DE TRABAJOS Y SU EJECUCIÓN"***, suscrito entre PSI y EQUION, por lo que en ese orden, no hay lugar a tener por terminado el contrato de seguro, es más, aquí la aseguradora no discute que se haya presentado alguna modificación del contrato garantizado, y lo que alega como causal de terminación de ese contrato son situaciones no contempladas en la póliza de seguros.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por Suramericana de Seguros S.A., debe decirse que no merece reproche alguno la decisión del

juez, pues en efecto, al corresponder este asunto a un proceso ordinario laboral, en el que el demandante es un trabajador, se aplican las normas laborales, que en el caso lo son los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, los cuales consagran un término de prescripción de 3 años, y que, como bien lo dijo el a quo, no se superaron en el presente caso. Además, dicho sea de paso, el artículo 1081 del C.Co. aplica para las acciones que se derivan del contrato de seguro, no obstante, aquí no estamos frente a una acción derivada de dicho contrato, sino de un llamamiento en garantía que se hizo por los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidas al trabajador demandante, y que están amparadas con la póliza que se constituyó en su momento por las aquí demandadas, esto sin dejar de resaltar que las partes de un contrato de seguros son el asegurador y el tomador, según el artículo 1037 *ibídem*, y no el trabajador que resulte beneficiario como consecuencia del amparo asegurado, amén de que el objeto de esta garantía es salvaguardar y reforzar el derecho del trabajador a recibir sus emolumentos, extendiendo la obligación de pagar a las aseguradoras, que se presume, según se colige de la filosofía de la norma, son entidades sólidas desde el punto de vista económico, por lo que sería absurdo que se estableciera un término de prescripción inferior al establecido en la ley laboral para que el trabajador haga efectivos sus derechos ante estos entes. Dicho en otros términos, cuando el artículo 34 del CST establece que los beneficiarios del trabajo pueden estipular *"con el contratista las garantías del caso"* en modo alguno excluye que las mismas puedan contratarse con una compañía de seguros; lo importante es que si ello se llega a producir, como aquí sucede, la compañía de seguros pasa a ser, si se cumplen los requisitos de la póliza, deudora del trabajador, y en este evento entonces el término con el que cuenta el trabajador para reclamar sus derechos (3 años) tiene que ser el mismo y no establecer un plazo de prescripción diferente para cada obligado. Aparte de que según el artículo 20 del CST *"En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquellas"*. En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la decisión del juez de primera instancia.

Así quedan los recursos de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de Suramericana de Seguros S.A., por perder el recurso, y a favor de Equion Energía Limited, por ser quien la llamó a juicio; como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de CRISTIAN LEONARDO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ contra PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERÍA S.A.S. – PSI, y EQUION ENERGÍA LIMITED, en cuanto declaró la improcedencia del llamado en garantía de la codemandada PSI, en el sentido de indicar que, una vez la demandada solidaria Equion Energía Limited pague al demandante las condenas que fueron impuestas por el juez de primera instancia, y siempre y cuando las mismas no sean cobradas o pagadas por la aseguradora, pueda descontarlas de las sumas que le adeuda a la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería S.A.S, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Suramericana de Seguros S.A. y a favor de Equion Energía Limited, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

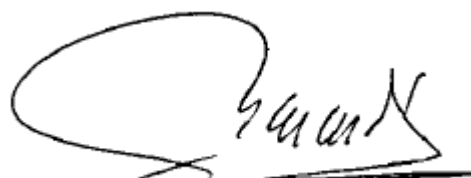
TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS ARIZA DUQUE contra AFP PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-003-**2017-00227**-01, acumulado al proceso No. 63001-31-05-003-2017-00341-00 DE DIEGO FERNANDO OSORIO ZAMORA contra AFP PORVENIR S.A.

Bogotá D. C. veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso atendiendo la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra el fallo de fecha 3 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante Juan Carlos Ariza Duque instauró demanda ordinaria laboral contra la AFP Porvenir S.A. para que se reconozca y pague a su favor la “*pensión de sobrevivientes*”, a partir del 21 de septiembre de 2015, en un porcentaje del 100%, junto con el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; se condene teniendo en cuenta las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que la señora Clarena Mejía Londoño falleció el 21 de septiembre de 2015 y se encontraba afiliada a la AFP PORVENIR como cotizante para riesgos de invalidez, vejez y muerte. Aduce que se casó con la señora Mejía Londoño el 14 de agosto de 1999 y fue beneficiario de ella en salud desde el 10 de octubre de 2001 hasta el 27 de mayo de 2013. Señala que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la AFP PORVENIR, el 10 de febrero de 2016, entidad que mediante comunicado del 19 de febrero de ese mismo año le informó que debía aportar declaración extrajuicio de los tiempos de convivencia con la afiliada fallecida, la cual fue aportada el 24 del mismo mes y año; que el 25

de febrero de 2016, solicitó a la AFP PORVENIR S.A. información sobre la solicitud de pensión de sobrevivientes elevada por el señor Diego Fernando Osorio Zamora; que formuló denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación contra el antes mencionado por la aparente comisión de conductas punibles tales como *“FRAUDE PROCESAL, FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO AGRAVADO POR EL USO”*; señala que por solicitud de la AFP, mediante comunicación del 31 de mayo de 2016, aportó nuevamente la declaración extrajuicio, y el 5 de septiembre de ese mismo año dicha AFP informó al señor Diego Fernando Osorio Zamora sobre la reclamación de pensión iniciada por Ariza Duque y le señaló que se había efectuado la redistribución del porcentaje pensional, quedando el mismo asignado proporcionalmente a este, y el 27 de octubre de ese mismo año le indicó: *“que se le había otorgado la pensión de sobrevivencia con ocasión del fallecimiento de la señora Clarena Mejía Londoño (Q.E.P.D.) al señor Diego Fernando Osorio Zamora en porcentaje del 100%”* y que se le otorgaría la prestación con un 70%, siendo los pagos de las mesadas pensionales a cargo de la Compañía Aseguradora Alfa, luego le indicó que el pago del retroactivo pensional no era posible reconocerlo por cuanto el 100% de la mesada se le reconoció al beneficiario; finalmente, indica que el 1º de febrero de 2017, allegó a la AFP la documentación concerniente para que se le cancelara la pensión de sobrevivientes en un 70% (PDF 04).

3. La demanda fue presentada el 26 de abril de 2017 (PDF 02), siendo inadmitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 4 de mayo de 2017 (PDF 06). Una vez subsanada, es admitida, por auto de 25 de mayo de 2017, ordenando su notificación. (PDF 08). La diligencia de notificación personal a la AFP PORVENIR S.A. se realizó el 1º de septiembre de 2017 (PDF 16).
4. La AFP demandada por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones; indicó que la pensión de sobrevivientes fue reconocida a partir del 21 de septiembre de 2015 en el 100% al señor Diego Fernando Osorio Zamora, quien se presentó a reclamar la prestación el 12 de noviembre de 2015 y que *“en su momento fue la única persona que acreditó los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la prestación de sobrevivientes. Sin embargo, en virtud de la reclamación presentada el 10 de febrero de 2017 (sic) por parte del señor JUAN CARLOS ARIZA DUQUE y una vez verificada la información por él aportada, se concluyó por parte de mi representada que también acreditaba los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión de la muerte de la señora Clarena Mejía Londoño (q.e.p.d.), por lo tanto mediante comunicados del 27 de octubre y 28 de noviembre de 2016, se le informó al accionante que el monto de la pensión de sobrevivientes se distribuyó en un 70% para el Sr. Juan Carlos Ariza Duque y un 30% para el Sr. Diego Fernando Zamora. A la*

anterior conclusión se arrimó comoquiera (sic) que las partes enfrentadas acreditaron la convivencia mínima requerida para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues el señor Juan Carlos Ariza Duque arrimó declaración juramentada de la cual se pudo extraer que convivió con la causante desde el 14/08/1999 hasta el 14/02/2012, así mismo aportando registro civil de matrimonio. Por su parte el señor Diego Fernando Osorio Zamora en virtud de declaraciones extra-proceso, manifestó haber convivido con la causante desde el 15/04/2010 hasta el 21/09/2015, fecha del fallecimiento de la señora Clarena Mejía Londoño (q.e.p.d.”). Frente a los intereses moratorios señaló que PORVENIR S.A. no puede ser condenada a su pago, porque actuó ajustada a la ley y a la jurisprudencia, reconociendo y efectuando el pago de la mesada pensional a quien demostró de manera clara e indiscutible tener la calidad de beneficiario como compañero permanente, y posteriormente como cónyuge en los porcentajes ya mencionados. Propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario respecto del señor Diego Fernando Osorio Zamora y Seguros de Vida ALFA S.A.; y las de mérito de falta de causa para pedir, cobro de lo no debido y ausencia de derecho sustantivo, compensación, buena fe de PORVENIR, prescripción y la innominada o genérica (PDF 19). Con posterioridad allegó desistimiento de la integración como litisconsorte necesario a Seguros de Vida Alfa S.A (PDF 21).

5. Mediante auto del 27 de abril de 2018, el juzgado de conocimiento tuvo por contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. (PDF 34).
6. El 13 de julio de 2018, se notificó personalmente el señor Diego Fernando Osorio Zamora (PDF 45), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones e indicó que convivió con la señora Clarena Mejía Londoño Q.E.P.D. desde el año 2010 al 21 de septiembre 2015, fecha de su fallecimiento. Adujo que PORVENIR S.A. le reconoció la pensión de sobrevivientes en el monto de un SMLMV, lo cual le fue comunicado mediante oficio del 12 de febrero de 2016, prestación cancelada por Seguros de Vida Alfa S.A., pago que fue suspendido desde mayo de 2016, con el argumento de que “el señor JUAN CARLOS ARIZA DUQUE acredito (sic) la calidad de cónyuge supérstite y por lo tanto se redistribuiría el monto de la pensión”. Asimismo, indicó que en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Armenia inició un proceso ordinario laboral con el fin de que se declare que tiene derecho a disfrutar del 100% de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de la señora Clarena Mejía Londoño, junto con los intereses moratorios y la indexación. Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia, pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto. Propuso las excepciones de mérito de “la actora no cumple con los supuestos de hecho de la norma para acceder al derecho reclamado”, inexistencia de pruebas que acrediten convivencia y cumplimiento de las obligaciones propias de la sociedad conyugal, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y la genérica. Solicitó la acumulación de procesos (PDF 46).

7. Con auto del 20 de febrero de 2019, se tuvo por contestada la demanda por Diego Fernando Osorio Zamora y ordenó oficiar al Juzgado Tercero Laboral de Armenia, con el fin de resolver la acumulación de procesos (PDF 54).
8. En el proceso 2017-341 radicado el 8 de noviembre de 2017, que correspondió por reparto al Juzgado Tercero Laboral de Armenia, el señor Diego Fernando Osorio demandó a PORVENIR S.A. con el fin que se le reconozca y pague el 100% de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la señora Clarena Mejía Londoño, con quien indica convivió de manera ininterrumpida desde el año 2010 al 2015. Con auto del 7 de diciembre de 2017, se admitió la demanda y se ordenó notificar a los demandados. La AFP contestó la demanda y se opuso a las pretensiones e indicó que *“El demandante no puede ser beneficiario del 100% de la pensión de sobrevivientes, debido a que el señor Juan Carlos Ariza Duque demostró ser el cónyuge superviviente de la Afiliada Fallecida”*. Asimismo, indicó que no existe claridad acerca del período de convivencia del actor y la afiliada fallecida, por lo que la resolución de ese conflicto es competencia de la justicia ordinaria. Propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva respecto de Seguros de Vida Alfa S.A., las de mérito de buena fe, inexistencia de la obligación por parte de PORVENIR y responsabilidad exclusiva de un tercero, prescripción, inexistencia de la obligación de pagar intereses o indexación, compensación y la innominada o genérica.
9. El 19 de marzo de 2019, el señor Juan Carlos Ariza Duque solicitó se decrete la nulidad de lo actuado por falta de notificación, la cual fue negada por auto del 27 de mayo de ese mismo año y se ordenó vincular como litisconsorte necesario a dicha persona; providencia recurrida, y por auto del 11 de julio de 2019 se negó la reposición y se concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo. El señor Juan Carlos Ariza contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos indicó que él como esposo legítimo de la causante convivió con ella hasta el 14 de febrero de 2012. Frente a la declaración extraproceso rendida por la señora Clarena Mejía Londoño señaló que *“se trata de una “Declaración”, presuntamente rendida por la señora CLARENA MEJIA LONDOÑO, el día 14 de noviembre de 2013, la cual contiene, una serie de imprecisiones que la hacen inaceptable en esta clase de procesos”*. Tal dubitación nace de la nota impresa en la misma y que donde se lee: *“LA PRESENTE DILIGENCIA DE FIRMA DE LA DECLARANTE LA SEÑORA CLARENA MEJIA LONDOÑO, SE HACE EN VISITA DOMICILIARIA EN LA DIRECCIÓN CLINICA DEL CAFÉ MEXANINE (sic) 2 PISO 205 EN LA CIUDAD DE ARMENIA QUINDIO. Sin embargo y en el formato de la misma declaración su encabezamiento, se describe como lugar donde presuntamente fue rendida tal “declaración” DIRECCIÓN: Sorrento bloque 9 apto 203 Armenia Quindío, de lo anterior, surgen una serie de dudas, esto es ¿son actos diferentes?, ¿declaró en un sitio, pero firmó en otro?...”*. Propuso las excepciones

previas de falta de integración de litisconsorcio necesario respecto de la Compañía de Seguros de Vida ALFA S.A. y pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, y las de mérito de mala fe del actor, falta de causa para pedir y la genérica.

- 10.** Seguros de Vida Alfa S.A. contestó la demanda, se opuso a las pretensiones e indicó que el pago de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante fue suspendido por su parte debido a que compareció el señor Juan Carlos Ariza Duque a reclamar la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite de la afiliada fallecida, e indicó que el demandante no puede ser beneficiario del 100% de la pensión de sobrevivientes debido a que el señor Juan Carlos Ariza demostró ser el cónyuge supérstite de la causante. Propuso las excepciones de incertidumbre acerca del derecho reclamado y falta de competencia para dirimir el conflicto entre beneficiarios, prescripción, inexistencia de la obligación de pagar intereses o indexación, compensación y la innominada o genérica.
- 11.** Mediante auto del 9 de diciembre de 2020 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Armenia, accedió la acumulación de procesos y ordenó remitir el proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá (PDF 66).
- 12.** Con auto del 26 de marzo de 2021, el juzgado decretó la acumulación de los procesos 2017-227 con el 2017-341 que se adelantaba en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Armenia y señaló el 31 de mayo de 2021 para realizar las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS (PDF 68).
- 13.** El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 3 de noviembre de 2021, dispuso reconocer al demandante Juan Carlos Ariza Duque la pensión de sobrevivientes en calidad cónyuge supérstite de la afiliada fallecida, en un monto equivalente al 70% de la mesada pensional, y al señor Diego Fernando Osorio Zamora, en calidad de compañero permanente, el 30% restante, a partir del 22 de septiembre de 2015, junto con los incrementos legales anuales; autorizó a la AFP a descontar del retroactivo pensional que le corresponda al señor Diego Fernando Osorio Zamora, el porcentaje reconocido al señor Juan Carlos Ariza Duque, en razón a que la AFP le pagó el 100% de las mesadas durante el período comprendido entre el 22 de septiembre del año 2015 y el 30 de abril de 2016; autorizó a la AFP Porvenir a descontar del retroactivo pensional reconocido a los demandantes, el valor de los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud; declaró no probada la excepción de prescripción; condenó a Seguros de Vida Alfa S.A. a la suma adicional que sea necesaria para completar el monto de la

pensión en caso de que aún no lo hubiese completado; absolvió a la AFP de las demás pretensiones incoadas; y condenó en costas a favor de cada uno de los demandantes, tasándose las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.

14. Contra la anterior decisión, los apoderados de los demandantes interpusieron recurso de apelación, así:

La apoderada del señor **Juan Carlos Ariza Duque** indicó: *“Respetuosamente nos apartamos de las consideraciones del despacho en primera instancia, teniendo en cuenta frente a la convivencia entre el señor Juan Carlos Ariza y la señora Clarena Mejía, en que si se diferencia una fecha en que esta culminó y se extiende más allá del año 2009, por lo siguiente, tanto la testigo Miriam Londoño como la señora Paola, familiares de la causante, indicaron al despacho en sus declaraciones que hacía el año 2012, la pareja conformada por Juan Carlos Ariza y Clarena Mejía ya no convivían, tanto, así que hacía inicios del año 2012 la Sra. Clarena invitó a una comida a la Sra. Miriam con la finalidad de indicarle que por motivos personales ya no iba a convivir con el señor Juan Carlos. En esto también es coincidente la señora Paola al indicar que en el año 2012 la Sra. Clarena le manifestó que ya no convivía con el señor Juan Carlos, situación que conocía que se había presentado porque hubo un problema que produjo la interrupción de la comunidad de vida y al señor Diego Fernando Osorio dieron cuenta los testigos, familiares de la causante que la acompañaron durante el curso de su enfermedad, vinieron a conocerlo solo hasta el año 2013, indicó la señora Paola hacia finales del año 2012. La prueba testimonial por parte del demandante da cuenta que en el interregno entre el año 2009 y 2011 sí hubo una convivencia efectiva entre Juan Carlos Ariza y la señora Clarena Mejía, que a pesar que existe en el plenario y no desconocemos, no fue tachado tampoco de falso la declaración extrajuicio rendida en abril del año 2013 ante la Notaría Quinta del Círculo de Armenia, no es menos cierto que a pesar que hubo una expresión de voluntad bajo juramento de la señora Clarena Mejía, existen elementos probatorios que pueden dar cuenta del despacho que en ese interregno entre el 2009 y el 2011, pese a la manifestación de la causante, en esta declaración, sí hubo convivencia entre Juan Carlos Ariza y la señora Clarena; es más, se ratifica con el testimonio del señor Mario Londoño, quien afirmó que la última fecha en que compartieron con la pareja, pues fue hacia finales del año 2011 por las fiestas decembrinas. Coincidimos en cuanto al despacho, en sus consideraciones en que la prueba testimonial de la parte demandada, Diego Fernando Osorio no da cuenta o no podría dar cuenta, ni siquiera se podría tomar como un indicio que hubo una convivencia efectiva desde el año 2009, entre los señores Diego Fernando Osorio y la señora Clarena Mejía, porque la misma prueba en su desarrollo fue contradictoria en cuanto a las fechas en que conocieron a la pareja, unos se remontan al año 2009 en unas preguntas, a continuación con las preguntas del despacho, de los apoderados, indicaron que hacia el año 2010. Es importante resaltar, señores, Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que los testigos de la parte demandada del señor Diego Fernando Osorio dieron cuenta que el conocimiento que tenían de pareja entre Diego Fernando Osorio y Clarena Mejía se debía a que esté el señor Diego Fernando, en algún momento la presentó como si fuera su novia, hacía relación a una situación sentimental, y que ellos deducían que convivían como pareja porque los veían juntos, mas no porque se hayan percatado de acciones*

o de actos propios de una comunidad de vida. Ahora bien, frente a la declaración extrajuicio del año 2013, para la fecha de noviembre, si bien es cierto se ha manifestado que la parte demandante interpuso una denuncia penal contra esta, debido a las circunstancias dudosas en las cuales se produjo esta declaración, debemos reiterar que a la fecha dicha denuncia penal no ha sido archivada, por el contrario, de acuerdo con certificado que obra en el expediente digital del proceso ordinario laboral que cursa en el juzgado tercero, identificado con el número 2017 227, se evidencia que esta declaración, junto con la historia clínica, se encuentran a la fecha dirigidas o en estudio hacia Medicina Legal para que se determinen si las circunstancias en las cuales se produjo podían dar veracidad en cuanto a que la causante tenía pleno uso de sus facultades para ratificarlo, para indicar lo que decía la declaración. Es más, esta misma declaración, a pesar de que en la notaría contesta que se llevó a cabo en las instalaciones de la Clínica del Café, téngase en cuenta por parte del ente colegiado que en la misma declaración en el encabezado se hace referencia a que fue la señora Clarena quien se dirigió hacia las instalaciones de la notaría, aun cuando contradictoriamente la notaría indica que acudió a las instalaciones de la Clínica del Café a recibirla. Estas imprecisiones en un documento que a pesar que dé fe pública, sí generan dudas en cuanto a la forma en que se surtió y, por ende, al contenido mismo del documento, que no se podría tener como ratificación de un documento que proviene del mismo año hacia abril del año 2013 y que reiteramos pese a que puede constituir un indicio de lo manifestado bajo juramento por la persona que lo firma y que lo rinde, no es menos cierto que las declaraciones de los testigos pese a las inconsistencias en que se puedan dar cuenta sobre las fechas en las cuales estuvo hospitalizada la demandante y que se pueden evidenciar o constatar de la historia clínica, si dan cuenta que entre 2009 y el año 2011 o entre 2009 y el año 2013, la señora Clarena Mejía y el señor Diego Fernando Osorio no tenían una comunidad de vida con vocación de permanencia, si ésta se produjo, sólo vino a realizarse después del año 2013, cuando ya estaban separados de hecho los cónyuges Juan Carlos Ariza y Clarena Mejía. Es más, a pesar que los testigos de la parte demandante, tanto la señora Miriam Londoño como la señora Paola, como el señor Mario, indican que la señora Clarena identificaba al señor Diego Fernando Osorio como su pareja sentimental, la convivencia no se puede entender interrumpida por las condiciones de salud de la demandante debido a la enfermedad catastrófica, porque de las declaraciones de los testigos sí se puede advertir que no hubo esa solidaridad o auxilio mutuo que se requiere entre los compañeros permanentes y que acredita la convivencia efectiva, circunstancias como las que alegaron tanto la mamá de la causante como la señora Paola, hermana de la causante en cuanto a que evidenciaron, por ejemplo, como que la señora Clarena, encontrándose enferma hospitalizada en la clínica en muchas ocasiones, en varias ocasiones habían encontrado que quien ocupaba la camilla especial para la señora Clarena era el señor Diego Fernando y no la señora Clarena, circunstancias que ellas evidenciaron o manifestaron al despacho, no entendían por qué se tenía una actitud por parte del demandado, lejos a demostrar que había un acompañamiento, denigraban la condición de vida de la causante de la señora Clarena. De eso también dio cuenta el señor Mario Londoño, quien afirmó que cuando se encontraba en la finca el espacio en el que estuvo bajo los cuidados de su domicilio, evidenció actitudes que no correspondían a la de una pareja donde se presenta el auxilio mutuo y que, por el contrario, la actitud del señor Diego Fernando Osorio era una actitud reacia u opuesta a una verdadera comunidad de vida, tanto que intervino la voluntad del testigo en hacerle el requerimiento a su sobrina y su sobrina

prefirió salir de la finca para efectos que no se presentará ningún altercado. Es más, la misma mamá de la causante indicó que no confiaba en las actuaciones que desplegaba el señor Diego Fernando Osorio cuando acompañaba a la causante en sus hospitalizaciones. De ello se dio cuenta porque, es más, ella indica que se percató en cámara, que había una indebida utilización de los medicamentos o fórmulas que se le habían suministrado a ella, todas estas circunstancias adicionales y que se desprenden del testimonio de la señora Miriam, del testimonio de la señora Paola y del testimonio del señor Mario Londoño evidencian que, a pesar que se identifica la demandante por sus circunstancias de salud, identificara al señor Diego Fernando Osorio como su pareja, no se evidencia esa comunidad de vida, esa convivencia real y efectiva donde debe primar la vocación de permanencia e independientemente que sea bajo el mismo o no bajo el mismo techo, pero sí que exista esa ayuda y ese auxilio mutuo, tanto así que la colaboración económica para el sostenimiento de la demandante no solamente provenía de sus recursos, que pudo haber recibido por auxilios temporales de incapacidad, por el subsidio de incapacidad, no salario, sino por la colaboración de sus familiares y el mismo señor Juan Carlos Ariza, quien enviaba dinero a los familiares de la causante para ayudas económicas. Es más si revisamos en la parte de lo que tiene que ver con el reconocimiento del auxilio funerario, los gastos de todo lo que fue el sepelio no fueron sufragados por el señor Diego Fernando Osorio, fueron sufragados por el señor Mario Londoño, que evidenciamos, entonces sí hubo una relación sentimental entre Diego Fernando Osorio y la señora Clarena Mejía, no se remonta al año 2009 ni se remonta al año hacia el mes de abril de 2010, esto vino a producirse hacia finales del año 2012 o en el año 2013 y esta relación no tuvo, per se, la vocación de ser permanente o de una comunidad de vida entre la pareja, donde, en efecto, sí evidenciara una ayuda espiritual. Tanto así que se evidenciaron o los testigos de manera directa se percataron de actitudes o actos discriminatorios entre la pareja que beneficiaban al señor Diego Fernando y en últimas que afectaban la seguridad o la salud de la señora Clarena Mejía. En ese orden, frente a lo que se trató en la sentencia de primera instancia, respetuosamente nosotros nos apartamos y le solicitamos a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que revoque la sentencia proferida en primera instancia y que la pensión de sobrevivientes sea concedida en un 100% al señor Juan Carlos Ariza en su condición de cónyuge con sociedad conyugal vigente hasta el momento del fallecimiento de la señora Clarena, que estaban separados de hecho por circunstancias externas, pero ya ha sido reiterada y pacíficas, las providencias de la Sala de Casación Laboral en cuanto a que la separación de hecho entre los cónyuges no impide acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, más cuando mi poderdante acredita que convivió con la causante por un lapso más allá de 5 años. Esto se produjo entre el año 1999 y el año 2011. Ahora, en cuanto al reconocimiento que se efectúe, pues ciertamente desde la fecha de fallecimiento de la causante se reconozcan las mesadas pensionales correspondientes y se paguen los intereses moratorios que contempla el artículo 141 de la ley 100 del 93. Es muy importante resaltar a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que si bien PORVENIR y la aseguradora interrumpieron o suspendieron el pago de la mesada pensional, téngase en cuenta que hasta antes que Porvenir emitiera su comunicado en febrero del año 2016, donde efectuaba el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al señor Diego Fernando Osorio. Antes de esa fecha, mi poderdante Juan Carlos Ariza ya había avisado a Porvenir, que tenía reclamación por concepto de la pensión de sobrevivientes. Luego PORVENIR no debía en ese momento emitir una comunicación o decidir sobre quién tenía el derecho, porque su deber de

acuerdo con las normas legales era suspender la decisión y trasladarle esa competencia del juez laboral, contrario a esto PORVENIR, pese a que existía una reclamación tanto de la persona que alegaba ser compañero permanente el señor Diego Fernando como del cónyuge, efectuó el reconocimiento a uno solo de ellos. Y ordenó a través de la aseguradora, se hizo la suscripción del contrato de renta vitalicia y se ordenaron el pago de mesadas cuando todas las peticiones que se producen a nombre de un afiliado no se guardan en carpetas distintas, van a un solo expediente administrativo, luego PORVENIR sí tenía conocimiento que había otro reclamante y no debía ordenar el reconocimiento, situación que aun así suspendiera después con la aseguradora el pago o intentara mediar con ello en algún momento que se efectuara un reconocimiento compartido, desplazó completamente la competencia del juez laboral y no podría excusarse ahora en que ellos aplicaron la normatividad en cuanto a que dejaron que el juez laboral decidiera, esta situación debió preverla antes de generar situaciones que implican no solamente riesgo en cuanto al sistema como tal, porque se tiene incertidumbre en el reconocimiento de la pensión, sino en las mismas finanzas de Porvenir y de la aseguradora. Finalmente le resalto a La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que a efectos de decidir el recurso que se acaba de presentar y sustentar, tenga en cuenta las pruebas que válidamente se ordenaron y se decretaron y se recaudaron en las etapas procesales correspondientes, reiterando que aquella documental que no se haya tomado como prueba o que se haya incorporado a título informativo, lejos de acreditar lo dicho por la parte que las aporta o suministrar el juzgado, denota que existen serias falencias probatorias de la parte demandada, tendientes a demostrar que, en efecto hubo una convivencia real y efectiva entre Diego Fernando Osorio y la señora Clarena Mejía, en los 5 años anteriores al fallecimiento de está, por demás es documental que en últimas no se tiene certeza sobre la fiabilidad en la que se generó, fue designada o nombrada o ubicada temporalmente por la misma parte que la suministra y frente a los contratos que se aportan, tendientes a desvirtuar supuestamente lo dicho por uno de los testigos, será en otros escenarios donde se deben ubicar estas acciones, mucho más porque sí reitero este tipo de documentos como las imágenes fotográficas. Así mismo, como los registros de vídeos contienen imágenes o datos que se han caracterizado o denominado de carácter sensible, cuya reproducción solamente se puede realizar a través de la autorización de las personas que aparecen y a efectos de evitar algún inconveniente con las personas que puedan aparecer en las fotos o con los datos sensibles o los datos personales de los documentos o negocios jurídicos de terceros, no de las partes vayan a presentar algún inconveniente en este proceso, les solicitó al ente colegiado, no se tenga en cuenta esta documental para efectos de resolver el recurso de apelación.”.

Por su parte, el apoderado del señor **Diego Fernando Osorio** apeló la sentencia, “en el orden de que dista mucho de la perspectiva del juzgado, la consecución de los testigos y la anotación de los testigos, compañeros de trabajo de la señora que dieron fe de convivencia y de cómo la señora Clarena presentó en su trabajo y de cómo cuando estaba trabajando, cuando estaba activa, convivió con esa persona y a quien reconocía como compañera, inclusive dijeron que tenía las circunstancias de hecho porque algunas veces se reunían y todo eso. Las ubicaciones de tiempo, espacio y lugar por el transcurso del tiempo, pues es normal que no se acuerden, se acuerdan muchas veces cuando los preparan los testigos, pero cuando no están preparados los testigos no se acuerdan de muchas cosas y no tienen

memoria conveniente, como los testigos de la contraparte, eso está más que probado y más que dicho. Es así su señoría, como los testimonios del señor Richard Arteaga Castro, compañero de trabajo de la señora, pues dan obviamente fe de que la que la señora presentaba ante la sociedad y se reconocía ante la sociedad a don Diego como compañero permanente, qué más sociedad que los compañeros de trabajo. Así, aparte del gremio de la salud, que es del trabajo a la casa y de la casa al trabajo cuando se reunían también estaba don Diego, pues eso sí dan fe que don Diego era el compañero permanente. Es que no tienen que estar en todo momento en la casa, ni acompañarlos, qué más ayuda que estuvo en todas partes, se dirigió a todas partes donde estuvo ella enferma, reconocido por los testigos de la contraparte y me sorprende la apelación de la contraparte y le pidió al tribunal que evidencie que ni siquiera la apoderada y desconoce la apoderada de que los testigos en el año 2011 afirma que ya había nacido la relación, otros dicen que en el 2012, iniciando la relación y otros dicen que a finales del 2012, pero primero dice la señora madre de Clarena, que ella lo conoció de últimas, que fue la última que informaron que antes lo conocía Paola y resulta que Paola lo conoció después. Todas estas inconsistencias, no se a que habrá lugar porque no las vi vislumbradas por la parte, ella pensó que todo era perfecto y que el conocimiento y que los dichos de terceros y que la vista de comunidad de vida nunca lo hicieron evidente en sus deposiciones, nunca dijeron que don Diego había maltratado, pero lo que tampoco evidenció el despacho fue que hay unos documentos proferidos por algunas instituciones de salud que le promulgaron a la señora Clarena, como es humanizar a donde la trasladaron, donde se le daban las personas que estaban al cuidado porque se le reportaron en un momento dado, personas que estaban al cuidado de ella y que don Diego era la persona exclusiva que la cuidaba, a dónde estaba la madre, dónde estaba Paola, Don Diego no dice que no la cuidaron, pero el principal cuidador de ella fue don Diego, porque la rotación no era con la hermana y con el tío o con el primo o con don Juan Carlos si siempre le promulgó tanta fidelidad, por qué fue con don Diego. Bueno, en ese orden de ideas, también su señoría, Jhon Jairo Gil Correa, el señor de la tienda, del negocito, obvio, se la presentaron en varias ocasiones, los veía abrazados, no podía entrar en la casa, no fue a la casa, nunca fue a la casa, reconoció que vivían en dos partes diferentes. Nadie, ningún vecino se va a meter a la casa de otro, es parte de su privacidad, pero se le manifestó a viva voz, en varias ocasiones, “Mi amorcito” todo el tiempo de relación, pues toda relación nace como novios, pues yo no conozco la primera que diga mañana somos compañeros permanentes, toda relación tiene que nacer como novios y obviamente para el año 2009, pues decían que eran novios y después cuando se fue afianzando la relación, pues es mi señora o es mi señor o es mi esposo, la denominación que se le quiera dar, esto es normal porque no hay que manipular lo que dijo el testigo, el testigo muy claramente se refirió a que en un inicio la presentó como su novia y después la presentó como su compañera. Su señoría, contrario a lo que comentó el despacho la obligación para este despacho y entiendo la pirámide de jerarquía y que usted está cimentando su sentencia sobre una sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de hecho, sí, y está muy bien sustentado, no faltaba que yo me fuera a meter en eso. Si usted mira, inaplicó la Constitución, por qué no aplicar la sentencia SU 149, que ratificó la SU 428 del 2016, cuya ratio era que tanto la compañera permanente o el cónyuge supérstite tenían que acreditar los 5 años, por el principio de igualdad sea uno sea otro, tienen que acreditar, y entiendo que usted está aplicando la sentencia de la Sala Laboral, pero yo le manifiesto abiertamente que obvio está contrariando la Constitución, está inaplicando la Constitución con su fallo y con mucho

respeto, lo hago y obviamente respetando su posición jurídica y su análisis jurídico. En ese orden de ideas, su señoría, que no se evaluaron porque lo que pasa es que nosotros también presentamos en el proceso de Armenia también hubo una serie de presentación de documentos, vuelvo y reitero, donde en el inicio de la enfermedad, el que estaba todo el cuidado no fue la madre, fue el señor Diego, donde convivía con ella y no da fe Pedro ni Pablo ni Juanito Cruz, sino una institución de salud que le trasladaba los servicios de salud hasta la casa de la señora Clarena, donde convivían con el señor Diego, donde el señor Diego era su cuidador, donde está reconocido por sus familiares que desde el año 2011 convivía, pero no sólo eso, los testimonios, sí los testimonios dados por el señor John Jairo Gil Correa, por Richard Arteaga Castro y por Iván Rodrigo Vanegas, sí dicen algo, ellos estuvieron desde el año 2009, empezaron su relación, que en el año 2010 la hayan formalizado es otra cosa, pero la concepción de una pareja es nacimos desde que fuimos novios y así lo vio mi prohijado. El hecho es que está ratificado, el hecho es que las condiciones de tiempo, modo y lugar que la abogada quiere hacer ver, con la deposición en la notaría, están más que mandadas a guardar con la misma disposición que la misma declarante hace anteriormente y que bien lo expresó el despacho, son coordinadas, que lucidez que la que tenía. Por qué coordinaron los tiempos y no la hice ni yo ni el señor Diego participó en su asesoramiento, participó una de las testigos, la hermana y fue reconocido por ella que participó y que fue la que le indicó como hacerlo ante la institución. Aquí mismo fue lo que dijo lo que dijo ella. Su señoría, entiendo el miedo de la contraparte a que no sean evaluadas las pruebas que aparecían en la parte penal, pero no importa su señoría, cómo le parece que de los alegatos también se extraiga y de la sapiencia de la sentencia también se evidencia algo, de pronto me equivoqué yo, y no hubo un falso testimonio sino una falsa denuncia o es blanco o es negro o una falsa denuncia o un falso testimonio, cosas que se tratarán en su debido momento ante la jurisdicción competente para ello, no es esto en materia laboral. Y, para no extenderme más su señoría al contravenir esta sentencia del año 2021, última ratio en la cual se reprende de manera directa a la Corte Suprema de Justicia, a la Sala Laboral sobre la cual ustedes cimentó su fallo, yo le pido al Tribunal que en este recurso de apelación cambia el sentido del fallo, porque el mismo demandante es el que reconoce que no tiene el derecho en una declaración rendida ante la Notaría 33 del circuito notarial de Bogotá, el día 30 de enero de 2017, donde él mismo despeja cualquier duda del despacho sobre las pretensiones. En ese orden de ideas, es de obligatorio cumplimiento para todas aquellas altas cortes del Estado, la interpretación de la Corte Constitucional más en sede, unificación jurisprudencial, obedeciendo no sólo al principio de jerarquía, sino la primacía de la Constitución sobre toda otra norma, y la interpretación de la ley no está por encima de la Constitución y por ello, reitero la apelación en estos términos y se manejará la parte penal aislada de esto ya hace ya se tomarán las acciones, como bien lo dije desde el inicio y si le pido al despacho que siempre desde el inicio se pidió que fuera trasladada esa prueba, inclusive el despacho de Armenia fuese desde el inicio, se le pidió que fuera trasladada esa prueba que estaba en la Fiscalía, en el proceso que en ese momento creo que todavía está activo, no sé si para el momento está activo, puede que sea como lo dijo la doctora, le voy a dar veracidad a lo que manifestó y está bien que esté activo porque a eso le falta mucho mucha tela por cortar, pero este es un caso evidente, donde hay unos testigos mentirosos, hay una falsedad, los testigos míos pueden haber caído en imprecisiones, pero las imprecisiones jamás dijeron que nunca, ellos conocieron en otros tiempos a la señora Clarena y la persona si no se le indagó más la

persona que trabajaba por ella, porque en el momento no sé, se me cayó el internet sea lo que sea, al ser verificada por el despacho. Creo que fue lo suficientemente claro en expresar que todo el tiempo conoció de primera mano la vida de los dos al llevarle los medicamentos a la señora y cuando trabajaba con ella siempre fue presentado por la señora Clarena, la causante al señor Diego, como su compañero permanente, como su compañero de vida. Tanto así que no conocen al señor Juan Carlos. Entonces, en ese orden de ideas, su señoría, lo indicado por los testigos, la imparcialidad que profesan pese a no clarificar espacios y tiempo y modo de lugar, si el tiempo está totalmente coordinado con aquellas declaraciones que dio la señora Clarena para el año 2013, tanto la 777 como la 1989, que fueron atendidas en la notaría. Si tienen dudas de redacción, si tienen dudas, pues es de la notaría absolverlas, para eso su señoría requirió a la notaría y fue clara la notaría en responder y clara y es claro el documento, el documento no da lugar a equívocos, es una declaración de convivencia y no convivencia, lo que atinaron los testigos, pese a ser la madre y la hermana, es que sí ellos vivieron, pero no saben en qué momento, no saben a dónde, tanto así, que se inquirió por una de las partes, creo que fue por la aseguradora Alfa que tenían memoria conveniente, eso quiero que lo tenga en cuenta el Tribunal también, quiero que tenga en cuenta el Tribunal que digamos que este proceso para mí está empezando su señoría porque pues digamos que entiendo que está de pronto atado a la ratio de la Sala Laboral, pero no es la interpretación dada a la sentencia de la Corte Constitucional, en sede de unificación jurisprudencial. Es así que esa misma SU, se entiende insertada como un artículo constitucional en estos momentos, si cambiare el precedente jurisprudencial sería diferente, pero en estos momentos no cambió y el precedente jurisprudencial es en contra de los intereses del demandante. En ese orden de ideas también su señoría, los extremos presentados en la demanda no coordinan la testimonial con los testigos, es tanto así que la presentación de la demanda, el mismo demandante, presenta una declaración donde manifiesta que solamente convivió hasta esa fecha y que su ayuda siempre fue a terceros, nunca fue a su compañera permanente. Dicen los terceros que fue con vocación, pero no existe documental donde se le fuera consignado a la cuenta de la señora Clarena no existe un soporte siquiera sumario, donde la señora Clarena diga que hay una ayuda mutua, por el contrario, la manifestación inequívoca de la voluntad de la señora Clarena, fue manifestar que para el año 2010 no convivía con el señor demandante. En ese orden de ideas, su señoría y ya que usted lo conoció en los alegatos y, pese a que usted le incorporó solamente para dar claridad a los hechos, sí existen connotaciones acá claramente que alteran la verdad, que manipulan la verdad y que son continuadas, inclusive en la apelación, entonces esos vicios, solicito al Tribunal que los analice con detenimiento y ya se adelantarán las respectivas acciones penales y de otro tipo a que hubiere lugar frente a las pruebas aportadas, que ya inclusive están dentro del proceso penal, están dentro de esa investigación penal, entonces su señoría, no es como las obtuvieron, es que están dentro de la investigación penal. Entonces en ese orden de ideas, para mejor proveer y por lealtad procesal al despacho se le mostraron. Entiendo la posición jurídica del despacho al seguir la ratio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero en este orden de ideas, pues es contraria a los intereses de mi prohijado y la sentencia que cambió el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral y que ordena el cambio del precedente judicial de la sala laboral, que de manera pacífica argumentó su señoría, y que debe ser aplicado por orden constitucional de la SU149 del 2021 de mayo, con ponencia de la de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, Expediente T 8022910, en sede de unificación ratificó la sentencia SU 428

del 2016, cuya ratio es favorable a mi prohijado y no la quiero volver a discutir, entonces en sede de segunda instancia, solicitó al honorable tribunal que despache desfavorablemente las súplicas de la demanda del señor Juan Carlos Ariza Duque y condene a las entidades acá vinculadas al pago del 100% al señor a Diego Fernando Osorio Zamora, pues cumplió cabalmente con los requisitos de la norma y de la jurisprudencia en vigor, aplicable para el presente caso, como no lo hizo y no lo argumentó la carga probatoria que es inconsistente de la parte demandante en este caso. En ese orden de ideas, su señoría termino mi intervención, no sin antes agradecerle al despacho por todo el transcurso procesal y despedirme de la contraparte de la doctora y de todos aquellos presentes a esta audiencia”.

- 15.** Recibido el expediente digital en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 23 de noviembre de 2021; luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

La apoderada de **Juan Carlos Ariza Duque** solicitó revocar parcialmente la sentencia y en consecuencia se le reconozca la pensión de sobrevivientes en un 100%, junto con el retroactivo pensional y los intereses de mora. Reitera que los testigos del señor Diego Fernando Osorio cayeron en incongruencias sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la supuesta convivencia con la señora Clarena Mejía Londoño. Aduce que lo afirmado por los familiares de la causante, desvirtúa lo dicho por la misma causante en la declaración extra proceso rendida en abril de 2013, documento que “no constituyó una voluntad de la causante acreditar con efectos retroactivos una comunidad de vida con vocación de permanencia con el señor Diego Fernando Osorio Zamora, sino lograr sanear su afiliación como beneficiario por su condición de pareja actual, año 2013, más aún que la citada unión marital no nació a la vida jurídica por la misma existencia de la sociedad conyugal en esa fecha; tal documento no materializó la realidad de la convivencia REAL Y EFECTIVA que sostuvo con JUAN CARLOS ARIZA DUQUE hasta principios del año 2012. Tampoco aquella declaración extra proceso rendida en meses posteriores, podría corroborar una convivencia real y efectiva entre DIEGO FERNANDO OSORIO ZAMORA y CLARENA MEJÍA LONDOÑO, en tanto que ha sido advertido que no existían las condiciones para realizar esa manifestación de forma libre y voluntaria por la causante, es decir, se avizoraba una probable falta de capacidad de discernimiento, esa situación si debía generar duda al Juzgado y al ente colegiado, por lo que resultaba y es obligatorio acudir a los demás medios de prueba debidamente y legalmente recaudados y/o practicados”.

La apoderada de **Seguros de Vida Alfa S.A.** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con dicha entidad, pues el 26 de enero de 2016 pagó la suma de \$204.294.844 correspondiente al valor de la suma adicional, en virtud de lo dispuesto en la póliza de seguro

previsional, con el fin de completar el valor necesario para financiar la mesada pensional.

Finalmente, **Porvenir S.A.** solicita se revoque la sentencia en el sentido de haber impuesto costas y agencias en derecho a dicha entidad, y en su lugar se absuelva de dicho concepto.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Por tanto, y respecto a la solicitud de PORVENIR S.A. de revocar la sentencia en lo que respecta a las costas y agencias en derecho a dicha entidad, debe decirse que esta entidad no apeló la sentencia, con lo que se entiende que estuvo de acuerdo con lo decidido, aparte de que la solicitud fue presentada solo en los alegatos de conclusión; por tanto, este Tribunal no se pronunciará sobre esa cuestión.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos a resolver son i) determinar si en este caso se logró demostrar que los señores Juan Carlos Ariza Duque en calidad de cónyuge supérstite y Diego Fernando Osorio Zamora como compañero permanente de la señora Clarena Mejía Londoño respectivamente, cumplen con los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aquí solicitada, en caso afirmativo ii) en qué porcentaje; iii) analizar si hay lugar a condenar a la demandada del pago de los intereses moratorios, conforme lo solicitó la apoderada del demandante Juan Carlos Ariza Duque, junto con el retroactivo pensional.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que la señora Clarena Mejía Londoño (q.e.p.d.) dejó causado el derecho de la pensión de sobrevivientes, como quiera que cumplió con la densidad de semanas requeridas en la norma, sin que dicho aspecto haya sido objeto de discusión en este proceso, pues incluso, el 12 de febrero de 2016, PORVENIR le informó a Diego Fernando Osorio la aprobación de la pensión de sobrevivencia a partir del 21 de septiembre de 2015, señalando que para el año 2016, la mesada pensional correspondía a \$689.455 (pág. 23 PDF 66), la cual quedó en suspenso, cuando se advirtió por la AFP demandada que había controversia, porque el señor Juan Carlos Ariza Duque solicitó el reconocimiento de dicha prestación.

El a quo al proferir su decisión consideró que el señor Juan Carlos Ariza Duque, en calidad de cónyuge supérstite acreditó la convivencia con la señora Clarena Mejía Londoño desde el 14 de agosto de 1999 hasta el mes de octubre del año 2009, y el señor Diego Fernando Osorio Zamora acreditó la convivencia con la causante desde el mes de abril de 2010 y hasta la fecha de fallecimiento, 21 de septiembre de 2015, por lo que condenó a la demandada a *“reconocer y pagar al demandante Juan Carlos Ariza Duque, la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge supérstite de la afiliada fallecida, Clarena Mejía Londoño, en un monto equivalente al 70% del valor de la mesada pensional y al señor Diego Fernando Osorio Zamora, en calidad de compañero permanente, en un monto de 30% del valor de la mesada pensional a partir del día siguiente al del deceso de la causante, 22 de septiembre del año 2015, junto con los incrementos anuales legales que tenga esa pensión de sobrevivientes.*

La apoderada del señor Juan Carlos Ariza insiste que pese a la declaración extrajuicio realizada por la causante, la prueba testimonial solicitada por aquella da cuenta de que en el interregno comprendido entre el año 2009 y 2011 sí hubo una convivencia efectiva entre este y la señora Clarena Mejía, y que por el contrario, la prueba testimonial del señor Diego Fernando Osorio, ni siquiera se podía tomar como un indicio de que hubo una convivencia efectiva desde el año 2009.

El apoderado del señor Diego Fernando Osorio, solicita le sea reconocido el derecho prestacional en un 100%, pues insiste que sus testigos y la declaración realizada en vida por la señora Clarena Mejía dan cuenta de la convivencia de su poderdante con la causante; asimismo, insistió que se de aplicación a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2021 y por tanto no se conceda la pensión de sobrevivientes solicitada por el señor Juan Carlos Ariza Duque.

Dicho lo anterior, aquí no existe duda de que la disposición aplicable al caso concreto es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia laboral, es la fecha del fallecimiento del causante la que determina la norma aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, hecho que en el presente caso acaeció el 21 de septiembre de 2015 (pág. 12 PDF 05).

Dicha norma contempla que la pensión se otorgará en forma vitalicia tanto a la cónyuge como a la compañera permanente mayor de 30 años, y que *“En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”* (literal a).

Al respecto, esta Sala siguiendo las directrices de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostenía que dicho requisito de 5 años de convivencia se aplicaba tanto en la hipótesis de la muerte del pensionado como del afiliado, por ser un tiempo “*transversal y condicionante*” del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes (Sentencias SL32393-2008, SL793-2013, SL1402-2015 y SL1399-2018), y en ese orden, dicho requisito de convivencia era el elemento central y estructurador del derecho en ambos casos; no obstante, conviene precisar que conforme al nuevo criterio adoptado por la Alta Corporación, desde la sentencia SL1730 del 3 de junio de 2020, reiterado en otras, en sentencias SL3843-2020, SL3785-2020, SL4606-2020, SL489-2021, SL362-2021, SL1905-2021, SL2222-2021 y SL5270-2021, tal requisito de convivencia previsto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 solo es exigible en caso de muerte del pensionado, siendo este el verdadero alcance de esa disposición. Conforme a tal tesis, en el caso de muerte del afiliado, no le es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia al cónyuge o compañero permanente supérstite “*toda vez que con la simple acreditación de la calidad de vida entre compañero y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte se da cumplimiento al supuesto previsto del literal de la norma analizada, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia*”.

Ahora, no se puede pasar por alto que en el caso de la relación con cónyuges sobrevivientes separados de hecho del afiliado que fallece, se ha adoctrinado que deben demostrar únicamente la cohabitación por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2777-2022, al respecto precisó: “*Sin embargo, huelga precisar que dicha regla ha conminado a determinar, conforme se indicó en las providencias CSJ SL1905-2021, CSJ SL4318-2021 y con precisión en la CSJ SL5270-2021, que «la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada **únicamente** al caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado*». De acuerdo con ello, la exigencia del requisito de convivencia mínima de 5 años, se predica únicamente cuando la prestación se reclama por la muerte del pensionado, no por la del afiliado; y si bien la Corte Constitucional en sentencia SU 149 de 2021 indicó que “*la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado*”, no es menos cierto que la Corte Suprema de Justicia se ha apartado de dicho razonamiento; al respecto en la sentencia SL2777-2022, señaló:

“ (...) Así fue como la Sala fijó el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que el tiempo de convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado, en la sentencia CSJ SL1730-2020, que fue reiterado en otras, como la CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL362-2021, CSJ SL1905-2021 y CSJ SL2222-2021.

Conviene advertir que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CP ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto (negrilla del texto original).

Finalmente, resulta necesario precisar, que la sentencia CSJ SL1730-2020, en la que se fijó inicialmente el criterio en el que se insiste en esta nueva oportunidad, fue dejada sin efectos mediante la sentencia CC SU-149-2021, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, empero, esta Sala especializada se aparta de lo razonado en esa providencia, a la que se dio cumplimiento mediante sentencia CSJ SL4318-2021, por las razones allí esbozadas, que se traen nuevamente a colación, para cumplir con la carga de transparencia, exponiendo con precisión y suficiencia los argumentos de índole jurídico, por los que se aparta del precedente constitucional referido.

De acuerdo con lo anterior, y en la medida que como ya se indicó la señora Clarena Mejía tuvo la calidad de afiliada y no de pensionada, se precisa, por una parte, que a ninguno de los reclamantes le es exigible un tiempo mínimo de convivencia con la causante para acceder al derecho, y por otra parte, desde ya se indica que conforme a la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este Tribunal no tendrá en cuenta el criterio señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-149 de 2021, según el cual, la convivencia mínima requerida para demostrar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge o compañero permanente es de 5 años sin importar si el causante es afiliado cotizante o pensionado; por ello resulta un sinsentido que el apoderado del señor Diego Osorio insista en su aplicación, pues ni siquiera cuestiona la convivencia mínima de 5 años del señor Juan Carlos Ariza, pues lo que indica es que la misma se dio hasta mediados del año 2009, o sea que no cuestiona el derecho de este; además, si fuere el caso aplicar la jurisprudencia constitucional, el señor Diego Osorio, como compañero permanente, también tendría la obligación de acreditar la convivencia mínima de 5 años con la causante, resultando a todas luces para él más beneficioso en este caso la postura de la Corte Suprema de Justicia, que se repite no exige un mínimo de convivencia en caso de muerte de afiliado cotizante.

Aclarado lo anterior, con el fin de verificar si los señores Juan Carlos Ariza Duque y Diego Fernando Osorio, en calidad de cónyuge supérstite y compañero permanente, respectivamente, de la señora Clarena Mejía, acreditaron haber convivido con la demandante con vocación de permanencia y en qué época, se allegó la siguiente prueba documental:

Declaración extraprocesal rendida por el señor **Juan Carlos Ariza Duque** ante la Notaria 33 del Círculo Notarial de Bogotá, de fecha 24 de febrero de 2016, afirmando que convivió con la señora Clarena Mejía Londoño (Q.E.P.D.) de forma permanente e ininterrumpida desde el 14 de agosto de 1999 hasta el 14 de febrero de 2012 (Pág. 13 PDF 05).

Oficio del 19 de febrero de 2016, mediante el cual PORVENIR S.A. le informó al señor Ariza Duque *“En respuesta a su solicitud pensional radicada con el número citado en la referencia, le manifestamos que ante esta Sociedad Administradora se presentaron a reclamar los derechos pensionales por el fallecimiento de la señora CLARENA MEJÍA LONDOÑO, Usted en calidad de cónyuge supérstite y el señor DIEGO FERNANDO OSORIO ZAMORA, en calidad de compañero peramente. Como resultado del estudio de la solicitud, del señor DIEGO FERNANDO OSORIO ZAMORA y ante el desconocimiento por parte de esta Administradora, de la existencia de otros eventuales beneficiarios de la prestación reclamada, en el año 2016, se otorgó el derecho pensional al reclamante, fecha a partir de la cuales ha realizado el pago de mesadas pensionales de manera ininterrumpida. (...)”*. Asimismo, se le indicó que teniendo en cuenta la controversia en relación con los tiempos de convivencia, pueden acudir a los mecanismos alternos de solución de conflictos y en caso de no optarse por ninguno, se puede someter a la decisión de la justicia ordinaria la determinación sobre el reconocimiento del derecho y el porcentaje en el cual será distribuido el porcentaje de la mesada pensional (Pág. 15 y 16 PDF 05).

Registro Civil de Matrimonio, que da cuenta que los señores Juan Carlos Ariza Duque y Clarena Mejía Londoño, se casaron el 14 de agosto de 1999 por el rito católico (Pág. 44 PDF 05).

Certificación de Coomeva EPS, expedida el 29 de octubre de 2015, que indica que el señor Juna Carlos Ariza, estuvo vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en esa EPS desde el 10 de octubre de 2001 al 27 de mayo de 2013 en calidad de beneficiario cónyuge o compañero permanente. (pág. 45 PDF 05); asimismo obra certificación de la misma EPS en donde indica que la señora Clarena Mejía estuvo vinculada en salud desde el 10 de octubre de 2001 al 21 de septiembre de 2015, en calidad de cotizante y se relaciona al señor Juan Carlos Ariza como su beneficiario, hasta el 27 de mayo de 2013 (pág. 48 PDF 05).

Denuncia Penal presentada por Juan Carlos Ariza contra Diego Fernando Osorio ante la Fiscalía General de la Nación por la aparente comisión de las conductas punibles de “*fraude procesal, falsedad en documento publico agravado por el uso*” (pág. 66 a 73 PDF 05).

Formulario de solicitud de sobrevivencia del señor Juan Carlos Ariza Duque, realizada el 10 de febrero de 2016. (pág. 224 a 225 PDF 66).

Informe de investigación para pago de prestaciones sociales del señor Juan Carlos Ariza Duque, en la que aparece como resultado final de la investigación, lo siguiente: “*En el informe inicial se logró establecer que la Sra. Clarena Mejía Londoño convivió bajo unión marital de hecho con el Sr. Diego Fernando Osorio Zamora (inicialmente reclamante) durante 05 años, tiempo vigente al momento del fallecimiento de la afiliada, unión de la cual no existen hijos. Por otra parte, se logró establecer que la afiliada contrajo matrimonio con el Sr. Juan Carlos Duque (actual reclamante) en el año 1999, vínculo del cual operó separación de hecho en el año 2012 y del cual no existen hijos. En nueva comunicación con el Sr. Juan Carlos Ariza Duque (actual reclamante) se valida la información anterior e indica que “dicha separación de hecho se generó por motivos laborales” no obstante confirma que la afiliada para la fecha del fallecimiento convivía con el Sr. Diego Osorio Zamora. (Información que no soportó)*” (pág. 231-233).

Solicitud del señor Juan Carlos Ariza a Porvenir el 5 de diciembre de 2016, donde indica: “*En mi condición de beneficiario del 70% de la pensión de la señora CLARENA MEJÍA LONDOÑO (q.e.p.d.), respetuosamente le manifiesto que a la fecha no me han informado en donde me tengo que notificar de la resolución de pago de la mesada pensional. En la comunicación del 28 de octubre de 2016, ustedes ratifican este pago, pero reitero, no me han informado donde me tengo que notificar y que (sic) papeles deben allegar para que me empiecen a cancelar la mesada pensional, la cual se encuentra suspendida desde el mes de marzo de 2016*”. (pág. 279 PDF 66).

Respuesta al requerimiento realizado por el Juzgado a la Notaría 5ª de Armenia el 4 de agosto de 2021, en la que indicó: “*Con relación a su oficio de la referencia, comedidamente me permito informarle que la declaración rendida por la señora **CLARENA MEJÍA LONDOÑO**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 41.930.264 de Armenia Quindío, distinguida con el No. 1989 del 14 de noviembre de 2013, la misma se recibió en la Clínica del Café habitación 205, tal como quedó plasmada en la precitada diligencia. Consultado el archivo se logró establecer que la precitada ciudadana también compareció a la Notaria el día 30 de abril de 2013, donde rindió declaración distinguida con el número 777, de la cual anexo copia*” (PDF 72).

Declaración juramentada realizada por la señora Clarena Mejía Londoño ante la Notaría Quinta del Círculo de Armenia, Quindío, el 30 de abril de 2013, en la que indicó: “*Que desde hace 3 años y 6 meses no convivo con el señor JUAN CARLOS ARIZA*

DUQUE y desde entonces no hago vida marital alguna con él, por lo tanto (sic) solicito ser retirado como mi beneficiario ante la EPS de COOMEVA. Manifiesto además que desde hace 3 años vivo en unión libre con el señor **DIEGO FERNANDO OSORIO ZAMORA**, quien ahora comparece, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.372.503 de Armenia, Quindío. Declaro finalmente que en la actualidad comparto con mi compañero techo, lecho y mesa de manera singular y permanente”. Acta de declaración extra proceso No. 1.989 realizada el 14 de noviembre de 2013 ante la Notaría 5 por la señora Clarena Mejía Londoño, debidamente firmada por ella, en la que se lee: “Que desde hace 4 años y 2 meses no convivo con el señor JUAN CARLOS ARIZA DUQUE identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.497.701 y desde entonces no hago vida marital alguna con él. Manifiesto además que desde hace 3 años y 7 meses vivo en unión libre con el señor DIEGO FERNANDO OSORIO ZAMORA, quien ahora comparece identificado con la cédula de ciudadanía No-4.372.503 de Armenia, Quindío. Declaro finalmente que en la actualidad comparto con mi compañero techo, lecho y mesa de manera singular y permanente.” Asimismo, aparece la siguiente anotación: “LA PRESENTE DILIGENCIA DE FIRMA DE LA DECLARANTE LA SEÑORA CLARENA MEJÍA LONDOÑO, SE HACE EN VISITA DOMICILIARIA EN LA DIRECCIÓN CLINICA DEL CAFÉ MEZANINE 2 PISO HABITACIÓN 205 EN LA CIUDAD DE ARMENIA, QUINDÍO”. Asimismo, aparece la firma del señor Diego Fernando Osorio como compareciente. (Pág. 19 PDF 66).

Declaración extraproceso del señor Diego Fernando Osorio Zamora, rendida ante la Notaria Quinta, el 3 de diciembre de 2015, en la que indicó que convivió con la señora Clarena Mejía Londoño desde el 15 de abril de 2010 al 21 de septiembre de 2015 (pág. 21 PDF 66).

Oficio del 12 de febrero de 2016, mediante el cual PORVENIR le informó a Diego Fernando Osorio la aprobación de la pensión de sobrevivencia a partir del 21 de septiembre de 2015, señalando que para el año 2016, la mesada pensional corresponde a \$689.455. (pág. 23 PDF 66).

Oficio del 26 de enero de 2017, mediante el cual PORVENIR le informa a Diego Fernando Osorio Zamora “Como puede apreciarse nos encontramos de cara a un conflicto de intereses en material pensional, pues tanto Usted (sic) como el señor JUAN CARLOS ARIZA MEJÍA, afirman ostentar la calidad de beneficiario de pensión (sic) nuestra afiliada fallecida. Frente a la situación descrita, Porvenir S.A., carece de competencia para dirimir el conflicto que se presenta, el cual corresponde a la órbita personal y familiar de la señora CLARENA MEJÍA LONDOÑO, por lo que en la fecha se procederá a notificar a la compañía Seguros de Vida Alfa para que sea suspendida de manera temporal el pago de la mesada pensional que se viene realizando a su favor”. (pág. 59 PDF 66)

Formulario pérdida de capacidad laboral y/o incapacidades firmado por la señora Clarena Mejía, en donde se relaciona como compañero a Diego Fernando Osorio Zamora; el documento no tiene fecha. (pág. 74 PDF 66).

Certificación expedida el 3 de diciembre de 2015 por el médico de Humanizar Salud Integral S.A.S en donde indica que el señor Diego Fernando Osorio permanecía como acudiente y red de apoyo a la paciente Clarena Mejía Londoño, *“lo anterior basado en su presencia permanente durante la visita médica y de enfermería al igual que la forma de las atenciones domiciliarias nombradas anteriormente”*, documento donde no se indica en qué época sucedió lo allí manifestado (pág. 81 PDF 66).

Informe de investigación para pago de prestaciones económicas, realizada el 7 de diciembre de 2015, en el que se relaciona como solicitante a Diego Fernando Osorio Zamora, se indica que la causante laboró como coordinadora de Imagenología durante 4 años, entre otras cosas también se indica que *“se verifica Registro de Nacimiento del Sr. Diego Fernando Osorio Zamora perteneciente al indicativo Serial No. 12544352 ante la Notaria Veintisiete de Bogotá D.C., se confirma fecha de nacimiento: 27 de noviembre de 1981. Se observa la siguiente nota marginal: cesación de efectos civiles-matrimonio que mediante escritura publica F-643 de marzo 29/2010, Notaria (3ª) del círculo de Armenia-Quindío. Entre Diego Fernando Osorio Zamora y Susan Natalia Sánchez Vélez, se realiza la liquidación sociedad conyugal”* (Pág. 162-165 PDF 66).

Declaración del señor Diego Fernando Osorio, no se encuentra dirigida a ninguna autoridad, en la que hace un recuento desde que conoció a Clarena e indica que fue en un evento social a mediados del año 2009 y luego de 2 meses iniciaron un noviazgo, tiempo después le contó que se había separado de su anterior pareja porque había tenido una hija con otra mujer, que iniciaron a convivir el 15 de abril de 2010 hasta el 21 de septiembre de 2015, cuando falleció. Que el 11 de octubre de 2012 se le detectó cáncer de cérvix. Que en febrero de 2013 le realizaron quimioterapias y radioterapias por 4 meses, luego es remitida a la clínica Rey David en la ciudad de Cali, donde estuvo con ella cerca de 3 meses, más tarde regresaron a Armenia, a inicios del año 2014 es hospitalizada en la Clínica del Café y se ordena su remisión a Medellín, adonde viajó con ella y estuvieron casi 7 meses, luego regresaron a Armenia en noviembre de 2014, después estuvo hospitalizada 15 días más y se le dio de alta y fue enviada a la casa previa adecuación de casa hospital en convenio con HUMANIZAR, donde estuvo siempre con ella. Adujo que el 22 de agosto de 2015 los médicos de la Clínica del Café les dijeron que no había nada que hacer y que debía estar en reposo, por lo que se llevó a la casa de un tío de ella en Circasia-Quindío, donde murió el 21 de septiembre de 2015 en sus brazos (pág. 77 a 88 PDF 66).

De otro lado, se recibieron los interrogatorios de parte de los señores Juan Carlos Ariza y Diego Fernando Osorio Zamora y los testimonios de Miriam Londoño de Mejía, Paola Andrea Pérez Londoño, Mario Londoño Pedraza, Luz

Stella Valencia Silva, John Jairo Gil Correa, Iván Rodrigo Vanegas y Richard Arteaga, quienes indicaron lo siguiente:

El señor **Juan Carlos Ariza Duque** indicó que se casó con la señora Clarena Mejía el 14 de agosto de 1999 y convivió con ella desde esa fecha hasta mediados de febrero de 2012. Señaló que después de la separación supo que Clarena empezó una relación sentimental con Diego Fernando Osorio. A la pregunta, *“tiene usted conocimiento cuánto tiempo convivieron ellos”*, contestó: *“Mira, lo único que yo sé es la época que yo me separé de cuerpos con ella y debido a eso, de ahí para adelante pienso que finales del 2012 para allá, a finales del 2012, que fue que a ella se le detectó en octubre el cáncer, entonces pienso que ahí de pronto ya estaba con él hablando”*. Adujo que no asistió a las honras fúnebres por respeto a la pareja de Clarena pero que la familia de él sí fue, y que a los 8 días salió del país. Adujo que se dio cuenta que Clarena y Diego Osorio sí convivieron en varias partes, pero de forma interrumpida, porque *“ella estuvo viviendo en Cali, otros meses estuvo en la clínica, otros meses en la casa de la mamá de ella”*, y no tuvo conocimiento que hayan convivido hasta el momento del fallecimiento. Luego indicó que por trabajo él salía mucho de viaje y que a principios del año 2009 tuvo una hija con otra persona, pero que fue hasta finales del 2011 y principios del 2012 donde empezaron a hablar del error con Clarena, por lo que la separación se dio en mutuo acuerdo al ver el dolor de ella, y fue a mediados de febrero del 2012, que se fue a Bogotá. Manifestó que para el año 2009 vivían en la Avenida Centenario en un conjunto residencial de casas y cabañas, enseguida de Pan y Miel, no se acuerda la dirección exactamente. Para el año 2010 y 2011 vivían ahí, manifestó que cuando se separó, ella quedó en ese lugar. Aclara que el error fue haber tenido una hija por fuera del matrimonio, pero no convivía con la persona, aduce que el nacimiento de la hija es el 25 de agosto de 2009 y que la esposa se dio cuenta a los 2 años de haber nacido la niña. Manifestó que la esposa murió el 21 de septiembre de 2015 y el lunes anterior él estuvo con la enfermera y la señora Clarena, eso fue más o menos el 16. Adujo que Clarena lo llamaba semanalmente, así estuviera fuera del país, le comentaba sobre cada medicamento, cada cosa que le hacían y siempre estuvo en contacto con ella cuando estaba en Medellín, cuando estaba en Cali, cuando estuvo con el tío Mario, cuando estuvo en Circasia, en todos esos lugares mantenía en contacto con ella y que ya después del 2012 supo que tenía otra persona y por eso ya tenía que respetar eso. La ayuda que le daba era por ejemplo si le decía que necesitaba algún dinero, se lo hacía llegar con un amigo que trabajaba con él en Armenia y se lo entregaba a la señora Miriam o a ella misma y que incluso la última moto que tuvo se la compraron entre el tío y él, porque el tío le dio la mitad y ella lo llamó para que le colaborara. Indicó que denunció penalmente al señor Diego Fernando Zamora Osorio porque reclamó la pensión de sobrevivientes valiéndose de un documento, donde señaló una fecha que no

era. Finalmente indicó que la señora Clarena le comentó que había hecho una declaración extrajuicio en abril del año 2013, para afiliarse a la EPS al señor Diego Fernando Osorio Zamora.

El señor **Diego Fernando Osorio Zamora** indicó que conoció a Clarena a mediados del año 2009 en un evento social y que entablaron una amistad y pasaron los meses se consolidó en una relación amorosa, la cual formalizaron el 15 de abril de 2010, cuando se fueron a convivir como una pareja de forma ininterrumpida hasta el momento del fallecimiento el 21 de septiembre de 2015 a las 10:16 h de la mañana. Adujo que el señor Juan Carlos no asistió al sepelio. Manifestó que los gastos del sepelio lo asumieron los que estaban ahí con ella, y luego él les hizo saber que la afiliada estaba asegurada por PORVENIR y se realizó el reembolso, que aportó el conculado, la mamá, él y Paola. Manifestó que no supo que era casada, ella le contó que había tenido una relación que había terminado en el 2009 porque el señor había tenido una relación extramatrimonial con otra señora y tuvo una hija con ella, ese fue el motivo por el que lo dejó. Señaló que ella le dijo que en ese momento no le perdonó que él tuviera una hija por fuera del matrimonio y ahí se acabó la relación entre ellos, en el 2009. Indicó que nunca había visto al señor Juan Carlos de forma personal. Que la señora Clarena lo vinculó como beneficiario en salud en abril de 2012 y aun cuenta con el servicio de salud en el que ella lo tenía afiliado.

La señora **Miriam Londoño de Mejía**, adujo ser la mamá de la causante, y que conoció al señor Juan Carlos Ariza porque era el esposo de la hija y se casaron en el año 1999 y convivieron hasta el año 2012 y que la hija la invitó a una comida y le contó que se iba a separar, que eso fue como a principios del año 2012. A la pregunta *“Pero ella, con quien vivía en ese momento”*, contestó: *“En el año 2012, pues ella está viviendo sola porque Juan Carlos estaba viviendo en Bogotá, pero ellos se comunicaban y todo eso pues yo sabía, ella no me había dicho que ellos se habían separado hasta esa fecha”*, pero que el señor Juan Carlos vivía en Bogotá y la afiliada viajaba allá y se veían, porque el demandante trabajaba en esa ciudad. Cuando se le preguntó: *“Y, desde cuándo se había ido a vivir a Bogotá el señor Juan Carlos Ariza”*, señaló: *“Pues la verdad creo que en 2012, la verdad creo que era como en el 2011 o 2012.”*. Señaló que la hija vivía en la Avenida Centenario. Respecto del señor Diego Fernando Osorio Zamora señaló que luego de que la hija le dijo que se había separado de Juan Carlos, le dijo que estaba empezando a salir con otro muchacho, pero que con Juan Carlos siguieron como amigos. Señaló que no le preguntó a la hija cuánto llevaba con Diego. Manifestó que la hija falleció de cáncer, en la casa de un tío. Que el tiempo que estuvo con Diego fue muy poco porque *“estuvo 8 meses en Medellín, estuvo cerca de 2, 3 meses en Cali, luego en Tuluá, cuando las quimios que fueron cuatro meses, yo fui la que la llevé y este muchacho, pues esporádicamente la*

visitaba”. Manifestó que cuando estuvo 8 meses en Medellín se turnaba con Diego, que ella iba un mes y él la cuidaba otro mes. En Cali no se turnaban porque ella estuvo como un mes en la Clínica Rey David y luego se quedó en la casa de un tío, y Diego la visitaba y se quedaba por ahí 3 días, pero no se quedaba de lleno y que se manejó pésimamente con la hija y era poco lo que la visitaba en Cali. Manifestó que ella conoció dos partes donde vivieron, pero en una vivió casi solo Diego porque al mes que la consiguieron remitieron a la hija para Medellín. Adujo que se cambiaron de casa porque al parecer Diego tuvo un problema por meterse con la esposa de una persona que era policía. Asimismo, indicó que cree que el señor Diego le daba más morfina a la hija, lo cual según el médico de ella la podía matar, y además le quiso dar un medicamento para el insomnio y la hija le daba la cama para que él durmiera y fue encontrada durmiendo en el sofá. Manifestó que Diego también visitó a la hija en Tuluá y agrego: *“en todas partes donde estaba, él iba y la visitaba”*. Señaló que a la hija le descubrieron el cáncer como en octubre o noviembre de 2012 y en ese mismo año le sacaron la matriz. En el entierro estuvo Diego Fernando Osorio y que ella no le dirigía la palabra porque sentía rabia de la forma como él se manejaba con ella, que iba borracho a hacerle escándalo en la clínica. Adujo que cuando estaban donde el tío, la hija era la que le llevaba la comida al señor Diego y el tío le dijo que eso no estaba bien porque la enferma era ella, entonces decidieron irse de ahí. Manifestó que, por intermedio de ella, Juan Carlos le enviaba plata a la hija. Después de la muerte de la hija siguió hablando con Juan Carlos, tan es así que es madrina de una hija de él. Señaló que entre los años 2009 y 2011 la señora Clarena no le presentó al señor Diego como compañero permanente. A la pregunta: *“usted sabe con quién convivía el señor Juan Carlos Ariza entre los años 2009 y 2011”*, contestó: *“En el 9 estaba con Clarena hasta el 11. En el 11 ya se fue para Bogotá. Entre el 11 y el 12, él se fue para Bogotá, pero entre el 9 y el 11 él convivió con ella”*. A la pregunta: *“sírvese por favor indicarle al despacho. Si usted recuerda haber compartido celebraciones con la señora Clarena y el señor Juan Carlos Ariza entre los años 2009 y 2011”* Contestó: *“compartíamos fines de año, el cumpleaños siempre me lo celebraban ellos”*. Y que en ese tiempo lo presentaba como el esposo. Adujo que la separación de ellos fue de mutuo acuerdo, y que a ella le dio mucho pesar. Luego señaló: *“Ella me comentó que iba a hacer una declaración extrajuicio para afiliarse a este muchacho. Yo le dije que si había sacado a Juan Carlos, dijo que como nos separamos en el 2012, ya en el 2013 lo ya lo desvinculé y voy a vincular a Diego y ya pues eso ya era un hecho”*. Señaló que en Medellín estuvo como desde marzo de 2014 a noviembre, en Cali estuvo en el año 2013. Manifestó que cuando Diego se fue a convivir con la hija, ella todavía no estaba enferma. Luego manifestó que la hija la llamó como a principios del 2012 que se iba a separar, y que si ya no estaban conviviendo y ella se lo ocultó es otra cosa, pero que ella le dijo fue a principios del 2012. Luego, a la pregunta: *“después de haberse separado, ella compró una moto”*, contestó que no tiene la fecha exacta, no se acuerda si fue antes o

después de divorciarse. Señaló que Juan Carlos no estuvo en el sepelio y decía que por respeto a Diego y Clarena y que cuando estuvo hospitalizada, Juan Carlos la visitó, pero no se acuerda la fecha.

La señora **Paola Andrea Pérez Londoño**, hermana de la causante. Adujo que su hermana se separó de Juan Carlos a comienzos del año 2012. Respecto a la causa de la separación, contestó: *“Mi hermana, en cierto momento le encontró una agenda a Juan Carlos y fue donde encontró una foto de una bebé”* y que se dio cuenta que había tenido una bebé con otra señora, que eso fue como en el 2010 o 2011, la niña ya estaba grandecita, y que la separación fue hasta el 2012 porque *“Ella tuvo mucha insistencia en su hogar, tratando de hacer a un lado y tratando de vivir con su esposo, pero ya llegó un tiempo en que ya no aguantó”*. Manifestó que la hermana se separó de Juan Carlos a principios del 2012 y en diciembre conoció a Diego, que la hermana le contó de la relación con Diego y que llevaban muy poquito y se fueron a convivir como a finales o al año siguiente. Respecto a la declaración extrajuicio de la hermana, donde indicó que convivió en una época anterior, contestó: *“Mi hermana no lo hizo por voluntad propia. Hubo una declaración en el mes de abril y hubo otra, pero esa no fue con conciencia de ella.”* Adujo que ella decía que quería ingresar a seguridad social a la actual pareja, y como la parte administrativa ella la conoce un poco más, su hermana le preguntó cómo debía hacerlo. Señaló que la hermana y el señor Diego convivieron en varias partes, uno en Medellín, llegando al barrio de las Américas y otro más hacía el fondo, pero no recuerda, que en Medellín estuvo 8 meses, desde marzo a mediados de noviembre de 2014. Durante esos 8 meses, Diego iba a ayudar a cuidar a la hermana cada 15 días *“un fin de semana si, un fin de semana no”*, y se turnaban con la mamá. Estuvo hospitalizada en Cali como para diciembre de 2013, donde estuvo como 3 meses y Diego fue, pero muy poco. Que estuvo en Tuluá, en la casa de ella, donde duró como 2 meses, eso fue después de que estuvo en Cali, finales del 2013, comienzos del 2014, y allí también la visitó el señor Diego, quien estuvo en el velorio. En los años 2009 y 2011 la señora Clarena vivía con Juan Carlos no con el señor Diego Fernando, en esos años compartió celebraciones con el señor Juan Carlos y la señora Clarena, y que a pesar de lo que estaba pasando, supieron disimular muy bien. Adujo que entre los años 2012 a 2015, la señora Clarena mantuvo comunicación con el señor Juan Carlos Ariza, quien le ayudó económicamente. Entre los años 2013 y 2015 el señor Diego Fernando no auxiliaba a la señora Clarena y si hubo solidaridad fue muy poca, no evidenció auxilio mutuo, la señora Clarena trabajaba y había ayudas económicas por parte de Juan Carlos, y de un tío, que es como el papá de ellas. Adujo que antes del 2012 compartía con Clarena y Juan Carlos en Cali, Tuluá, Armenia, en cualquier momento se reunían no solo en fechas especiales, pero no tiene precisa la última vez que se reunieron. Señaló que Juan Carlos, por medio de un amigo de él, le mandaba auxilios económicos a

Clarena, se los entregaba a la mamá, porque “como el señor Diego era tan celoso, ya ella ni amistades tenía”. Manifestó que no se acuerda de forma exacta donde vivió la hermana en los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, que sabe que hasta el 2012 que convivió con Juan Carlos estuvo por el lado de la Avenida Centenario, en un conjunto campestre y cuando falleció estaba viviendo al frente del Parque de los Fundadores.

El señor **Mario Londoño Pedraza**, tío de la causante, adujo que conoció al señor Juan Carlos en Armenia porque fue el esposo de la sobrina y él fue el que la entregó en la iglesia en el año 1999. Señaló que el matrimonio fue como hasta el 2011. Que fue la última navidad que pasaron con ellos como pareja en Cali, y tiene la costumbre de reunirse con la familia. Se enteró de la enfermedad de la sobrina en el año 2012. Adujo que la llevaron a Cali muy mala para un final de año en el 2013 y le dieron salida el día de las velas, estuvo en Cali como 2 meses y luego se fue para Armenia, y con el tiempo la enviaron para Medellín. Adujo que él le pagaba lo que no le daba la EPS. Que le ayudó con la compra de una moto y que Juan Carlos le dio el resto, no se acuerda de la fecha. Señaló que conoció al señor Diego cuando le llevaron a la sobrina a Cali, porque él fue allá a la casa. Que cuando estuvo en la clínica la acompañó, la mamá, la hermana, los primos, él, la esposa. A Diego se lo presentaron como el novio de la sobrina, antes no supo nada de esa relación. Señaló que entre 2009 a 2011 no supo de alguna interrupción en la convivencia entre la sobrina y el señor Juan Carlos. No se enteró que el señor Diego le haya ayudado económicamente a la afiliada. Manifiesta que desconoce que el señor Juan Carlos haya tenido hijos con otras personas entre 1999 a 2011. Señaló que desde el año 1999 a 2011 visitó 2 o 3 veces a la sobrina y a Juan Carlos y que todo era excelente, que vivían por la Avenida del Centenario.

La señora **Luz Stella Valencia Silva** señaló que conoció a la afiliada porque trabajó con la mamá más de 20 años hasta mucho antes de la pandemia. Se casó en el año 1999 con Juan Carlos Ariza, estuvieron viviendo un tiempo en Torrento, luego se fueron a Casa Loma, que ella era la que hacía todos los trasteos, también estuvieron en Asturias. Adujo que la última vez que estuvo con ellos fue en la vía Centenario, que eso fue más o menos en el 2012. Señaló que Clarena se fue para donde la mamá por la separación que tuvo con Juan Carlos. Que conoció al señor Diego Fernando Zamora como en el 2013, que estaba con Clarena, quien murió de cáncer en el año 2015, en la casa de un tío en Circasia, en esos días estuvo el señor Diego, pero no vivía ahí, y a Juan Carlos no lo vio. Que Juan Carlos no fue a la funeraria y el señor Diego sí. Señaló que el señor Diego y Clarena convivieron en el año 2013. Manifestó que antes del 2011 la señora Clarena y el señor Juan Carlos no interrumpieron la convivencia, porque ellos tenían contacto. Adujo que después de la separación,

la señora Clarena le contaban que permanecían en contacto, y que cuando ella tenía alguna necesidad, Juan Carlos le ayudaba, que le enviaba plata y que se dio cuenta que le ayudó a comprar una moto. Frente a la pregunta: *“sírvese por favor indicarle al despacho si usted pudo percatarse de una convivencia permanente del señor Diego Fernando Osorio y de la señora Clarena después del año 2013”*, contestó: *“no, porque como ella estuvo tan malita, ella mantenía mucho en las clínicas”* y que Diego la visitaba en las clínicas donde estaba internada. Señaló que ella también iba a cuidarla a las clínicas porque a veces no había quien lo hiciera. Manifestó que la razón de la separación fue porque Clarena le descubrió una foto de una niña como de 2 años, que lo sabe porque la encontró llorando. Adujo que, en el año 2009, 2010 y 2011 vivían en la avenida Centenario, en el 2012 se separaron, en el año 2013 vivió con don Diego. Adujo que desde 1999 al 2011 iba cada 15 o 20 días, hasta que se enfermó y ya después iba de vez en cuando.

El señor **John Jairo Gil Correa**, vive en la ciudad de Armenia en la urbanización Monteblanco. Aduce que se pensionó el 30 de abril de 2009, trabaja en un negocio con la esposa en una miscelánea. Señaló que en el año 2012 estuvo trabajando en Postobón como 4 o 5 meses de 6:30 am hasta 7:pm y de resto en el negocio con la esposa. En el 2011 estaba en el negocio en la casa, el cual se atiende de 7:00 am a 10:00 pm, lo manejan entre la esposa y él. Que no conoce al señor Juan Carlos Ariza Duque. Que a Clarena la conoció en el año 2010, cuando se fue a vivir al Barrio Monteblanco Segunda Etapa, se hizo cercana a ellos porque compraba yogurt y le encargó unas hojuelas, era una cliente diaria. Y la conoció viviendo en Monteblanco con Diego, a quien conoce desde el año 2005. Nunca fue a la casa de la causante. Aduce que a Diego lo conoció en el barrio Granada, más o menos en el año 2005, lo distinguió manejando taxi y tuvo una taberna; cuando estaba con Clarena trabajaba en publicidad, en una empresa de pegar avisos. Vivieron en Monteblanco hasta abril de 2010, luego se fueron a Monteblanco primera Etapa sobre la avenida y ya no la volvió a ver. La última vez que la vio fue en el año 2011 una vez y luego fue que se enteró que tenía cáncer y que tenían que viajar a Medellín y Cali eso fue como para el año 2014 y luego Diego le contó que había fallecido. Manifestó que ellos llegaron ahí en abril de 2010. Adujo que eran clientes, pero no compartían en las casas. Que los conoció como pareja, Diego se la presentó como la esposa, que solo los conoció a ellos no a la familia. Que en la segunda etapa vivieron casi un año y se fueron a la primera etapa, pero no sabía en qué inmueble porque nunca fue. No conocía a la familia de ellos, siempre los veía a los dos solos. Que ellos le dijeron que se iban a vivir a la primera etapa.

El señor **Iván Rodrigo Venegas**, vive en el barrio Granada. Ha sido comerciante en vehículos, propiedad raíz y trabaja en publicidad hace 28 años,

hace vallas, avisos, parasoles, todo lo que tiene que ver con publicidad para panaderías. Que conoció a Diego Fernando hace más o menos 20 años, en el 2004, 2003, y trabajó con él hasta hace como 1 año. Que Diego fue taxista, no recuerda la fecha porque no se mantenía mucho con él. Que empezó a trabajar con él en el 2015, cuando lo necesitaba lo llamaba. Que antes del 2015 amanecía en la casa de él cuando se tomaba algunos tragos, que eso fue como en el 2008. En el 2008 vivía en la casa de los papás de Diego. En el 2009, 2010 ya no amanecía en la casa de él, porque para el 2010 ya tenía un hogar. Que lo visitó en Monteblanco donde vivía con Clarena, fueron varias veces y amaneció. En el 2011 lo visitó también en una finca de la mamá de Clarena. Adujo que la última vez que fue a la casa fue en el 2010, que luego se encontraba con Diego y Clarena y se tomaban algo en el barrio. Se acuerda que luego de estar un poco recuperada él los invitó a almorzar, pero no se acuerda la fecha. Después de esa vez, Clarena entró en estado crítico y Diego se iba a cuidarla a Medellín y Cali, pero no recuerda la fecha. Supo que luego la llevaron donde un tío en Circasia, y allí falleció, que estuvo varios días, pero no recuerda las fechas. Adujo que a Clarena la conoció en una reunión familiar en su casa a mediados del año 2009, Diego se la presentó en el año 2009 como pareja, salieron a compartir unas cervezas. Adujo que las visitas que hizo a la casa fueron porque Diego lo llevaba para que se tomaran los últimos tragos, eso fue en el año 2010 y 2011. Adujo que con Clarena tuvo una bonita amistad, iban a reuniones familiares. Manifestó que en el año 2012 y 2013 no recuerda en donde vivía Clarena, en el 2011 vivía en Monteblanco, porque llegó a amanecer en esa casa. Sabe que Clarena estuvo trabajando en una clínica, pero no sabe en qué año. Adujo que Diego le colaboraba a él en la parte de publicidad. No recuerda el año, pero fueron algunas ocasiones que compartieron en navidad, aunque dijo que no 24 y 31 porque cada uno estaba con la familia.

El señor **Richard Arteaga** señaló que en el año 2009 empezó a laborar en la Clínica del Café Dumian Medical para el mes de septiembre y octubre hasta marzo de 2013 y allá conoció a Clarena, entraron al mismo tiempo a laborar, trabajaban en la misma área, en el mismo piso. El esposo de Clarena se llamaba Diego, cuando hacían salidas ella iba con él y se los presentó como la pareja. Cuando vivía en Monteblanco él fue a donde ella, no recuerda la fecha. Adujo que ella era jefe de él, ella le pedía el favor de llevarle cosas, era una casa, pero él no pasaba de la sala. Adujo que no conoció a Juan Carlos, pero escuchó que era la expareja de Clarena, cuando empezó a conocer a Clarena ya estaba con Diego. Adujo que duró como 3 años laborando en la clínica, fue hasta el año 2013, no volvió a ir porque Clarena ya estaba enferma y él ya se había retirado de la empresa. Hablaban muy poco después. Siempre supo que mantenía con Diego, que era la pareja, cuando se enfermó él era el que estaba

con ella. Estuvo hospitalizada en la Clínica del Café en el 2014 y Diego estuvo con ella. No sabe dónde murió. Cuando le tocó ir donde ella siempre fue en la misma casa. Adujo que vio a Diego en el velorio. Que los conoció juntos como en octubre o noviembre del año 2009, supo que era la pareja. Señaló que hicieron varias salidas en la clínica y Diego siempre fue con ella, eran salidas a tomar o bailar. Señaló que compartió con la hermana una vez, pero en Cali, cree que fue en el año 2010. Que Clarena vivía en Monteblanco en la segunda etapa, allá iba a llevarle cosas, no recuerda si a esa misma parte iba en el año 2013. Fue varias veces, pero no recuerda fechas. En la Clínica del Café, además de Diego, la cuidaba, la mamá, la hermana y Diego. Cuando fue a donde la señora Clarena vio en la casa al señor Diego, vio que el trato era normal. Él siempre la recogía, ella siempre lo trataba como el esposo, siempre permanecía con ella. *“siempre permaneció al lado de ella, la transportaba, viajaban juntos a exámenes, siempre era el compañero para todo para ella”*.

Analizadas las anteriores pruebas en conjunto, no queda duda que la afiliada Clarena Mejía Londoño se casó con el demandante Juan Carlos Ariza Duque el 14 de agosto de 1999; así se desprende del registro civil de matrimonio y se corrobora con los testimonios de los señores Miriam Londoño, Paola Pérez, Mario Londoño y Luz Stella Valencia, incluso por el dicho del mismo Diego Fernando Osorio; asimismo tampoco es objeto de discusión que el señor Ariza Duque no estaba conviviendo con la señora Clarena al momento de su fallecimiento, pues los testigos y el mismo señor Ariza manifestaron que se separaron, quedando en discusión la fecha en que ocurrió dicho acontecimiento, pues el señor Juan Carlos Ariza en la declaración extra juicio rendida el 24 de febrero de 2016, como en el interrogatorio de parte, adujo que la convivencia fue hasta mediados de febrero de 2012, los testigos Miriam Londoño, Paola Pérez, Mario Londoño y Luz Stella Valencia si bien indicaron que esa pareja convivió desde que se casaron hasta finales de 2011 y comienzos de 2012, no fueron exactos con el año, pese al vínculo familiar que tenían los 3 primeros con la causante, pues se trata de la mamá, hermana y tío respectivamente, incluso incurrieron en algunas contradicciones que dejan en duda que realmente fueron testigos directos de la fecha hasta la cual se extendió la convivencia que pregonan. Y a esta conclusión se llega por lo siguiente:

En primer lugar, mientras el señor Juan Carlos Ariza indicó que se separó de Clarena a mediados de febrero de 2012 y que se fue para Bogotá, que desde el 2009 a 2011 vivían en la Avenida Centenario y que cuando se separaron ella quedó viviendo ahí, la mamá de Clarena, la señora Mirian, indicó que a principios 2012 Clarena le contó que se iba a separar de Juan Carlos y cuando se le preguntó con quién vivía en ese momento, señaló *“sola porque Juan Carlos estaba en Bogotá pero que ella lo iba a visitar”*, dando a entender que para principios

del año 2012, el señor Juan Carlos ya no estaba viviendo con su hija, contrariando lo indicado por aquel, quien dio a entender que se fue a vivir a Bogotá luego de la separación. Ahora, también la señora Mirian dio a entender que no estaba segura de que la separación entre Clarena y Juan Carlos haya sido cuando su hija le comentó, al expresar “ *si ya no estaban conviviendo y ella me lo ocultó es otra cosa*”, manifestación que también pone en entredicho la cercanía que tenía con la hija y con la pareja, pese a indicar que se encontraban en fechas especiales, pues dio a entender que no estaba al tanto de forma directa de lo que sucedía con la pareja, situación que al parecer también ocurría con el señor Mario Londoño, quien si bien manifestó que era muy cercano a su sobrina Clarena, llama la atención que desde el año 1999 a 2011, solamente la visitó en 2 o 3 ocasiones, y si bien adujo que se encontraban en fechas especiales, como navidad, tal circunstancia no bastaba para que le pudiera constar la convivencia efectiva como pareja de Clarena y Juan Carlos Ariza, pues cosa diferente es asistir a eventos juntos y otra que realmente estén conviviendo como pareja, y es que la misma hermana de Clarena, la señora Paola, indicó que compartían celebraciones con la pareja y que “ *a pesar de lo que estaba pasando, supieron disimular muy bien*”, dando a entender que ante la familia la pareja ocultaba los problemas que tenía, situación que permite colegir que dicha convivencia haya terminado mucho antes del año 2012. Ahora, la señora Luz Stella Valencia, si bien adujo que Clarena y el señor Juan Carlos convivieron desde 1999 hasta 2012, y que hasta el año 2011 iba cada 15 o 20 días, no indicó de forma clara con quien se encontraba cuando iba, tampoco dio más detalles de dicha convivencia, más allá de que se mantenían en contacto, llamando la atención de la Sala que adujo que después de la separación Clarena se fue a vivir con la mamá, situación que no fue mencionada por los demás testigos, incluida la misma Miriam, por tanto, su declaración tampoco ayudó a identificar de forma clara hasta qué fecha la señora Clarena convivió con el señor Juan Carlos con ánimo de pareja y si era de forma permanente, situación que conlleva a que se colija que la declaración de la propia causante es más contundente que la de los testimonios practicados, por lo que, según las reglas de la lógica, la sana crítica y las máximas de la experiencia, nadie mejor que la propia causante para describir las condiciones de tiempo, modo y lugar de la convivencia, pues la señora Clarena en vida suscribió dos declaraciones juramentadas, una el 30 de abril de 2013 y la segunda el 14 de noviembre de 2013, en la primera indicó que “ *desde hace 3 años y 6 meses no convivo con el señor JUAN CARLOS ARIZA DUQUE y desde entonces no hago vida marital alguna con él*”, es decir que desde el 30 de octubre de 2009, la señora Clarena ya no convivía con el señor Juan Carlos Ariza, lo que desvirtúa lo manifestado por aquel y los testigos, que como ya se indicó tampoco fueron convincentes en sus dichos; por tanto, se tiene que la señora Clarena Mejía Londoño convivió con el señor Juan Carlos Ariza, desde el 14 de

agosto de 1999 hasta el 30 de octubre de 2009, es decir 10 años, 2 meses y 16 días. Ahora, en la declaración juramentada rendida el 14 de noviembre de 2013, adujo que *"Desde hace 4 años y 2 meses no convivo con el señor JUAN CARLOS ARIZA DUQUE identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.497.701"*, haciendo la cuenta exacta, arrojaría el 14 de septiembre de 2009, existiendo una pequeña diferencia entre lo indicado en la primera y segunda declaración, la Sala tendrá como fecha de la convivencia hasta el 30 de octubre de 2009, pues es la fecha que arroja haciendo la cuenta conforme a lo señalado en la primera declaración, y en la segunda oportunidad no hizo aclaración alguna respecto a que el tiempo señalado en un primer momento no correspondía a la realidad, además no se puede pasar por alto que para la primera declaración, la señora Clarena compareció a las instalaciones de la Notaría, ya en la segunda oportunidad, de acuerdo a lo señalado por la misma Notaría, ellos comparecieron al hospital donde se encontraba la demandante, resultando razonable que el estado de salud de la demandante haya incidido en la pequeña diferencia de tiempo señalado; sin embargo, en la medida que las demás pruebas recaudadas no fueron suficientes para desvirtuar lo declarado en su momento por la señora Clarena Mejía y tampoco se evidenció que no haya sido una acción voluntaria de la causante o que existió algún vicio del consentimiento, es que la Sala tiene en cuenta lo allí señalado para acreditar el tiempo de convivencia entre la causante y el señor Juan Carlos Ariza, además se debe tener en cuenta que la hermana de la causante indicó que conocía de la existencia de las declaraciones extrajuicio, una en el mes de abril y otra que *"no fue con conciencia de ella."*; pues incluso indicó que la hermana le comentó que quería ingresar a seguridad social a la actual pareja y que le preguntó a ella cómo hacerlo, y si bien habló de dos declaraciones, señaló que una fue supuestamente *"sin conciencia"*, sin percatarse que lo que dijo en la segunda fue ratificar lo señalado en la primera, la cual no fue cuestionada frente a su validez, y si bien el señor Juan Carlos Ariza denunció penalmente al señor Diego Fernando Osorio respecto de la declaración juramentada que realizó la señora Clarena Mejía el 14 de noviembre de 2013, no se puede perder de vista que estamos en una jurisdicción diferente y que lo allí resuelto no puede incidir en la decisión que se tome en la jurisdicción laboral, a menos que se hubiese declarado en aquel la falsedad del documento, lo que aquí no se demostró.

Ahora, respecto del compañero permanente Diego Fernando Osorio, se debe tener en cuenta que el mismo señor Juan Carlos Ariza aceptó que Clarena mantuvo una relación sentimental con aquel, pues incluso señaló que no asistió a las honras fúnebres de Clarena por respeto al señor Diego, lo que da a entender que se trataba de una relación formal, situación que se corrobora con los dichos de los testigos de ambas partes, pues los señores Miriam Londoño, Paola Pérez, Mario Londoño y Luz Stella Valencia, si bien señalaron

que desde el 2009 a 2011 Clarena no convivió con Diego Fernando Osorio, indicaron que a partir del año 2013 era la pareja sentimental de Clarena y que estuvo cuidándola en su enfermedad, aunque si bien las señoras Mirian Londoño y Paola Pérez adujeron que no existió un apoyo por parte de Diego hacía Clarena, lo cierto es que no desconocieron que era la persona que se turnaba con la mamá par cuidarla en la enfermedad. Ahora, por su parte, si bien los señores Jhon Jairo Gil Correa, Ivan Rodriguez Venegas y Richard Arteaga manifestaron que conocieron a Clarena y Diego desde el año 2009 y 2010 y que tenían una relación sentimental, sin embargo el dicho de ninguno de ellos permite a la Sala colegir que desde esa fecha convivieron como pareja, pues el señor Jhon Jairo Gil, si bien adujo que conoció a Clarena en el año 2010, cuando se fue a vivir al barrio Monteblanco Segunda Etapa, indicó que nunca fue a la casa donde vivía, por tanto, no le podía constar que convivía con el señor Diego, sin que se suficiente el hecho de que este se la haya presentado como la novia o la pareja sentimental, pues ello no implican que convivan y no se puede suponer tal situación, sino que le debe constar de forma directa. Asimismo, llama la atención, que en un comienzo indicó que vivieron en la segunda etapa hasta abril de 2010, pero luego dijo que estuvieron como un año antes de irse para la otra etapa, encontrando una contradicción en su dicho. El señor Iván Rodrigo Venegas señaló, en un principio, que iba a la casa de los papás de Diego y que amanecía y que luego en el 2010 ya no, porque estaba con Clarena, sin embargo, luego señaló que también amaneció en la casa de Clarena, aunque dijo que la ultima vez que fue a la casa fue en el año 2010 y que después se encontraban por ahí, por tanto, no es una persona que haya mostrado haberle constado de manera directa que Clarena haya convivido con el señor Diego en los tiempos en discusión. El señor Richard Arteaga, si bien indicó que trabajó con la demandante en la Clínica del Café Dumian Medical y que ambos entraron en septiembre u octubre de 2009, llama la atención que conforme el reporte de semanas cotizadas en PORVENIR desde noviembre de 2008 a agosto de 2010 se relaciona a la afiliada como trabajadora independiente, (pág. 11 a 12 PDF 20), por tanto, no hay claridad cuándo fue que conoció a la demandante, además que si bien señaló que fue a la casa de ella varias veces no supo indicar donde quedaba la misma; sin embargo, si bien los testigos no fueron contundentes en cuanto al tiempo de la convivencia entre Clarena y el señor Diego, no se puede perder de vista que en las declaraciones extrajuicio ya mencionadas, la causante hizo referencia a la convivencia con el señor Diego Osorio; es así como el 30 de abril de 2013, señaló: *“que desde hace 3 años vivo en unión libre con el señor **DIEGO FERNANDO OSORIO ZAMORA**, quien ahora comparece, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.372.503 de Armenia, Quindío”*, y en la declaración realizada el 14 de noviembre de 2013, manifestó *“desde hace 3 años y 7 meses vivo en unión libre con el señor **DIEGO FERNANDO OSORIO ZAMORA**, quien ahora comparece identificado con la*

cédula de ciudadanía No- 4.372.503 de Armenia, Quindío. Declaro finalmente que en la actualidad comparto con mi compañero techo, lecho y mesa de manera singular y permanente.” Haciendo la cuenta, se colige que convivió con Diego Osorio desde el 30 de abril de 2010 hasta el 21 de septiembre de 2015, fecha de fallecimiento de la señora Clarena.

De acuerdo con lo anterior, quedó acreditada la convivencia de la señora Clarena Mejía, tanto con el señor Juan Carlos Ariza como con Diego Fernando Osorio, en los siguientes términos: con el señor Juan Carlos Ariza Duque en calidad de cónyuges desde el 14 de agosto de 1999 hasta el 30 de octubre de 2009, para un total de 10 años, 2 meses y 17 días, y con el señor Diego Fernando Osorio Zamora desde el 30 de abril de 2010 hasta el 21 de septiembre de 2015, es decir 5 años, 4 meses y 20 días; advirtiéndose que el tiempo de convivencia acreditado por cada uno de los solicitantes no varió respecto de lo manifestado por el a quo, y que ninguno de los recurrentes impugnó el punto específico de los porcentajes reconocidos ni mencionaron que haya existido algún error en su distribución, pues lo que apelaron fue el tiempo de convivencia reconocido, sin que sea dable que el Tribunal aborde de oficio el estudio de cuestiones que no fueron explícitamente planteadas, y que han debido serlo. Así las cosas, se deberá confirmar la sentencia apelada en este punto.

Ahora, en cuanto el otro punto objeto de apelación, vale decir, el tema de los intereses moratorios, debe decirse que no le asiste razón al apelante, pues como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los mismos no son procedentes cuando la pensión se otorga con fundamento en la aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial, o, cuando la controversia se define bajo una interpretación normativa, o, cuando existe controversia entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (sentencias SL1947-2020, SL1213-2022 y SL2191-2022). Ahora, la apoderada del señor Juan Carlos Ariza solicita se condene a PORVENIR al pago de los intereses moratorios al considerar que dicha entidad al momento de reconocer como beneficiario de la pensión al señor Diego Fernando Osorio ya conocía de la petición del señor Juan Carlos Osorio, y que su deber era en ese momento suspender su reconocimiento y no decidir sobre quién tenía el derecho. Frente a este punto se advierte que el 10 de febrero de 2016 el señor Juan Carlos Ariza radicó la reclamación de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge de la señora Clarena Mejía (pág. 11 PDF 05) y el reconocimiento de dicha prestación a favor del señor Diego Fernando Osorio fue comunicado mediante oficio del 12 de febrero de 2016, es decir, tan solo 2 días después de la solicitud del cónyuge, por lo que incluso podría pensarse que esa fue la razón por la cual no se tuvo en cuenta al momento del reconocimiento; sin

embargo, lo que tiene relevancia es que PORVENIR suspendió el pago de la prestación reconocida, así haya sido tiempo después, según lo indicado por Diego Osorio en la contestación, lo fue en mayo de 2016, pues tal como lo indica el recurrente ante la controversia presentada, se debía acudir a la jurisdicción laboral, por tanto, el hecho de que en un primer momento reconoció la prestación al señor Diego Osorio, no da lugar a que se condene al pago de los intereses moratorios, pues como ya se indicó, dicho pago quedó en suspenso, tal como lo indica la ley, por tanto, se deberá confirmar la sentencia en este punto.

Frente al retroactivo pensional solicitado por el señor Juan Carlos Ariza, el a quo indicó: *“Como consecuencia del análisis anterior, se condenará a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a reconocer y pagar al demandante Juan Carlos Ariza Duque, la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge supérstite de la afiliada fallecida, Clarena Mejía Londoño, en un monto equivalente al 70% del valor de la mesada pensional y al señor Diego Fernando Osorio Zamora, en calidad de compañero permanente, en un monto de 30% del valor de la mesada pensional a partir del día siguiente al del deceso de la causante, 22 de septiembre del año 2015, junto con los incrementos anuales legales que tenga esa pensión de sobrevivientes. En el mismo sentido, se autorizará a Porvenir S.A a descontar del retroactivo pensional que le corresponda al señor Diego Fernando Osorio Zamora, el porcentaje reconocido al señor Juan Carlos Ariza Duque, teniendo en cuenta que la AFP accionada le pagó el 100% de las mesadas pensionales por el periodo comprendido entre el 22 de septiembre del año 2015 y el 30 de abril del año 2016, tal y como se puede observar en la documental visible a folio 191 del plenario”*. De acuerdo con la decisión del a quo, se advierte que se ordenó el reconocimiento prestacional a partir del 22 de septiembre de 2015 y se autorizó a PORVENIR a descontar del retroactivo que le corresponda a Diego Osorio, el porcentaje reconocido a Juan Carlos Ariza, decisión que encuentra respaldo en lo sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al respecto se puede consultar la sentencia SL4099 del 22 de marzo de 2017, con Ponencia del Dr. Roberto Echeverri Bueno *“De allí que la censura parte de un supuesto falso, al decir que el Tribunal determinó que la entidad demandada debía perder los dineros ya cancelados, pues lo que advirtió fue que la administración debía perseguirlos, repitiendo contra la persona a la que le había pagado”*. Por tanto, se deberá confirmar la sentencia en este punto, máxime cuando el señor Diego Osorio, siendo, al que se le ordenó el descuento, guardó silencio al respecto.

Sin costas en esta instancia teniendo en cuenta que ninguno de los recursos prosperó.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de JUAN CARLOS ARIZA DUQUE contra la AFP PORVENIR S.A. y otros, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

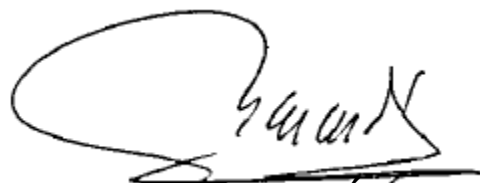
TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria