



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 09-2020-00423-01

Demandante: ALVARO BERNAL

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS), la Sala Cuarta de Decisión Laboral, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a revisar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

Álvaro Bernal llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a fin de que se deje sin valor y efecto la Resolución 5475 de 22 de noviembre de 1991 (22/11/1991) expedida por el ISS hoy Colpensiones, que negó el reconocimiento del beneficio del régimen de transición y reconoce indemnización sustitutiva de pensión de vejez; igualmente se deje sin valor las Resoluciones 2018-4528040 y 2019-7327086 mediante las cuales se niega el reconocimiento y pago de la prestación económica; en consecuencia se ordene a la accionada reconocer la pensión de vejez a partir del 30/07/1989 en aplicación del régimen de transición, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre; disponga descontar valor de sustitución pensional que recibió en la suma de \$987.600, indexación de las sumas reconocidas, se ordene actualizar la historia laboral; lo que resulten probado extra y ultra petita; y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, al indicar en síntesis que nació el 30 de julio de 1929; cumplió los 60 años el 30 de julio de 1989; efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 01/01/1967 hasta el 01/06/1982, que cumple con la edad y semanas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990, que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez; que mediante Resolución 5475 de 22 de noviembre de 1991 negó el reconocimiento de la prestación económica por considerar que en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad cotizó 450

semanas cuando el Acuerdo 049 de 1990 establece 500, en consecuencia concedió la indemnización sustitutiva; que solicitó la accionada corrección de la historia laboral para adicionar las semanas de los periodos 11/1975, 04/1976 y 05/1976, sin tener éxito y solicitó revocar la Resolución 5475, toda vez que cumple con las semanas requeridas con 500,1 cotizadas.

Manifestó que para contabilizar las semanas cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida -60 años-, es del caso dividir el periodo laborado por el empleador Castilla Acosta Jorge, antes y después de cumplir los 40 años, esto es a partir del día 01/08/1969 hasta el 30/10/1970 con tal empleador empezó a contabilizar para aplicar el reconocimiento de pensión, con 65.43 semanas cotizadas (458 días), indicó que existen inconsistencias en la sumatoria por el empleador Arturo Castro E. CIA Ltda patronal #10061009955 al registrar 46.57 semanas cuando en realidad la sumatoria corresponde a 52.29, quedando sin contabilizar 5.72 semanas.

Recalcó que, en la Resolución 2018_7630396_92018_45 de fecha 10/07/2018 emitida por Colpensiones concedió parcialmente la razón, después de 29 años, con la previa verificación de la Dirección Nacional de Operaciones, aumentando el número total de 617.86 a 623,57 pero no aplicó bien tales ajustes al reporte de semanas cotizadas; señaló que el reporte de semanas cotizadas con fechas de actualización 27/12/2018; 26/07/2019 y 02/10/2019, nunca fueron actualizados, allí deberían figurar 623,58 semanas cotizadas y no 617.86; Afirmó que cotizó 500.1 semanas entre el 01/08/1969 y 24/09/1979 cumpliendo a cabalidad los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990. (Exp. Digital.A1 1 a 32 Demanda).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, argumento para ello que el demandante nació el 30 de julio de 1929 y a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 64 años, siendo en principio beneficiario por cumplir con el requisito de edad, pero no cuenta con las 500 semanas en los últimos 20 años de servicios cotizados a Colpensiones, esto es desde 01/08/1969 al 30/07/1989 periodo en el cual cuenta con 487 semanas y no acredita 1000 semanas en cualquier tiempo, pues cotizó en toda la vida 617 septenarios. Quedando claro que no cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para ser beneficiario de la prestación de vejez. Propuso como excepciones de fondo, las de «*carencia de causa para demandar*», «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de intereses moratorios e indexación*», «*compensación*» e «*Innominada o genérica*»¹.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de junio de 2022, resolvió:

¹ Exp. Digital. A8 folio 122 a 130 - Contestación de Colpensiones 15-12-2022

«PRIMERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor Álvaro Bernal una pensión de vejez a partir del 04 de junio de 2016 en cuantía de \$859.732 por catorce mesadas al año, de conformidad con el Acuerdo 029 de 1983 y lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada al pago de \$83.521.89 por concepto de retroactivo por las mesadas ordinarias y adicionales causadas desde el 04 de junio de 2016 hasta junio de 2022.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de los intereses moratorios, conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor de las mesadas adeudadas desde el 27 de julio de 2019 hasta que se acredite su pago.

CUARTO: AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, realizar los descuentos por concepto de cotización al Sistema General de Salud y a deducir del retroactivo el valor pagado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de Vejez.

QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones formuladas por Colpensiones.

SEXTO: Costas. Lo serán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente \$8.500.000 a favor de la parte demandante, de conformidad con el Acuerdo PSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura».

Para arribar a la anterior decisión, manifestó que: la situación jurídica del actor se consolidó con anterioridad al Decreto 758 de 1990, como quiera que la edad de 60 años la cumplió el 30 de junio de 1989 y la última cotización fue hasta el 01 de junio de 1982; así las cosas, la norma aplicable es el Acuerdo 029 de 1983, el cual remite al artículo 11 del Acuerdo 224/1966., indicó que tal disposición se exige el cumplimiento de 60 años para los hombres y 55 mujeres, más un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, afirmo, que de acuerdo a las cotizaciones en el lapso siguiente del 30/07/1969 al 01/06/1982, se encuentran 3500 días que equivalen a 500 semanas.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que se había agotado la vía administrativa con la Resolución 05475 de 1991 sin embargo, al tratarse de una prestación periódica se tendrá en cuenta la última reclamación efectuada, en expediente administrativo GRPFSPAF2019732708620190604114114 y que data del 04/06/2019 ello con apoyo en lo expuesto en la sentencia SL4144/21, así mesadas causadas con antelación al 04/06/2016 se encuentran prescritas, explico que proceden los intereses moratorios desde el 27/07/2019 hasta la fecha en la que se efectuó el pago de las mesadas adeudadas.

II. CONSIDERACIONES

Bajo el grado jurisdiccional de consulta, artículo 69 del Código Procesal de Trabajo -CPTSS-, corresponde establecer si el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme a los parámetros establecidos en el Acuerdo 029 de 1983, aprobado por el Decreto 1900 de 1983 y la interpretación de este para la contabilización de semanas en su vigencia

Al respecto el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo -CST- establece que las normas laborales se aplican a los contratos de trabajo en curso desde el momento en que empiecen a regir, asimismo, por ser de orden público, las normas producen un efecto general e inmediato, esto se fundamenta en que la expedición de la nueva norma que modifica los requisitos para el acceso a un derecho comporta su aplicación inmediata, de modo que, si los requisitos no se han satisfecho en su totalidad, la consolidación del derecho en curso queda sujeto al cumplimiento de las nuevas exigencias derivadas de la vigencia de la nueva ley, referido lo anterior al caso de regímenes pensionales, quien ha satisfecho los requisitos de edad y densidad de semanas que exige la ley anterior para acceder a una pensión de jubilación o de vejez tiene un derecho consolidado y quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, mantiene la expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir sus requisitos.

Establecido lo anterior, tanto por haber cumplido el actor la edad de 60 años al 29 de julio de 1989 y no presentar cotizaciones posteriores al 1 de junio de 1982, conlleva a que la prestación de vejez solicitada debe ser analizada aplicando los lineamientos del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966, modificado en su literal b) por el Acuerdo 029 de 1983, aprobado por el Decreto 1900 de 1983; normatividad que tuvo vigencia hasta el 17 de abril de 1990, fecha de entrada en vigor del Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966 modificado por el Acuerdo 029 de 1983, señala como requisitos para acceder a la pensión de vejez que los asegurados reúnan los siguientes requisitos: (a) Tener 60 o más años si es varón, o 55 si es mujer; y (b) Haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización, pagadas durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de la solicitud, o haber acreditado un mínimo de 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Ahora, para la hipótesis de las 500 semanas, que la norma hace referencia a que fueran causadas en los 20 años anteriores a la solicitud, ha precisado la jurisprudencia que no es necesario que esa petición se efectuó en vigencia de dicho acuerdo, sino que es menester que las 500 semanas se hayan causado dentro de los 20 años anteriores teniendo como referencia cualquier día en que rigió dicho acuerdo, pero siempre que sean cumplidas antes de la pérdida de vigencia de esas disposiciones, independientemente de la data en que se surta la reclamación la cual puede ser presentada incluso después de la vigencia de dicho acuerdo. Tema abordado en Casación Laboral en sentencias rad. 36122 de 2010 reiterada, entre otras, por las sentencias rad. 35786 de 2010 y SL13259-2015, la primera que expuso:

“Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen de la vigencia de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras aquélla rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos.

En lo que tiene que ver con la cuestión planteada en casación, cabe recordar que, conforme al artículo 1 del Acuerdo 029 de 1983, el derecho a la pensión de vejez se causaba cuando el afiliado al Instituto de Seguros Sociales cumpliera 60 años de edad si es varón, o 55 si es mujer, y hubiese acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los veinte (20) años anteriores a la solicitud, o cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo.

Bien vale la pena apuntar que, respecto de la densidad de cotizaciones, en el evento de que el afiliado hubiese cumplido los 60 o 55 años de edad, lo que el juez habría de establecer es si, en la hipótesis de haberse hecho la petición de la pensión de vejez durante la vigencia de ese canon legal, el afiliado alcanzó a sufragar quinientas (500) semanas de cotización dentro de los veinte (20) años anteriores.

Expresado de otra manera: el juez laboral deberá centrar su estudio en definir si el afiliado al Instituto de Seguros Sociales, en vigencia del artículo 1 del Acuerdo 029 de 1983, consolidó el derecho a la pensión de vejez, por haber reunido los requisitos ahí establecidos: 60 años de edad, en el caso de los varones, y 500 semanas de cotización sufragadas en los veinte (20) años anteriores al pedimento.

*Pero para nada interesa que la solicitud se hubiese hecho después de la fecha referida, por manera que los veinte (20) años deben computarse desde cualquier día mientras estuvo vigente el Acuerdo 029 de 1983. Es decir, el juez se colocará en cualquier día en que rigió dicho acuerdo y verificará si el afiliado dentro de los 20 años anteriores, **aparte del cumplimiento de la edad, acreditó 500 semanas de cotización.**” (negritas fuera de texto)*

Bajo los anteriores parámetros, el actor nació el 30/07/1929, conforme se extrae de la cédula de ciudadanía²; es decir, que la edad de 60 años la obtuvo el 30/07/1989, respecto a la densidad de cotizaciones, con miras a definir si se cumple con el mínimo de 500 semanas sufragadas a la petición de reconocimiento pensional, que la efectuó el 11 de enero de 1991, conforme se indica en la Resolución 05475 de 22/11/1991³. En consecuencia y de acuerdo con la jurisprudencia en comento, no incide que la solicitud se hubiese hecho posterior a la terminación de la vigencia del Acuerdo 029 de 1983 que lo fue hasta el 17 de abril de 1990, pues lo que interesa es que edad y cotizaciones se consoliden en vigencia de este acuerdo.

² Exp. Digital. 001. Demanda Pág. 03

³ Exp. Digital. 001. Demanda Pág. 05 -06

Examinada historia laboral aportada por Colpensiones al 09/07/2018⁴, en los últimos 20 años de cotización a la culminación de vigencia del Acuerdo 029 de 1983, se itera dado que la petición pensional se realizó terminada su vigencia, obra la siguiente sumatoria de semanas:

Semanas cotizadas entre el 17/04/1970 a 17/04/1990		
Desde	Hasta	Semanas
17/04/1970	30/10/1970	28,14
01/11/1971	30/08/1972	43,43
21/05/1974	07/07/1974	6,86
22/07/1974	15/12/19974	21,00
01/02/1975	10/05/1978	170,71
01/04/1978	01/04/1979	46,57
24/09/1979	01/06/1982	140,29
Semanas totales cotizadas		457.00

Por otra parte, en los últimos 20 años de cotización antes de la edad mínima, pues el sentido de la modificación del Acuerdo 029 de 1983 no puede ser el de afectar el cumplimiento de semanas en los últimos 20 años, y como lo indicó la alta Corporación, *aparte del cumplimiento de la edad*, esto es teniendo como parámetro la edad mínima pensional, debe situarse el juez en vigencia del Acuerdo 029 de 1983, para verificar si se cumplieron las 500 semanas de cotización, en este caso tal rango denota como hito final el 30/07/1989, cuando el actor cumple 60 años y desde el 30/07/1979, esto por los 20 años anteriores, para observar si se cumplió la densidad de semanas cotizadas.

Al respecto se observa que mediante Resolución SUB 184288 de 10 de julio de 2018, Colpensiones señaló que el actor cotizó un total de 4.365 días, en toda la vida laboral del 01/01/1967 al 1/06/1982, correspondientes a 623 semanas, y en el periodo comprendido entre 01/04/1978 a 01/04/1979 contabilizó 366 días que corresponde a 52.28 semanas, ello no implica que la entidad admitiera que este periodo debiera sumarse en su totalidad a la contabilización del requisito de 500 semanas en los últimos 20 años, porque tiene un espacio de tiempo anterior al 30/07/1979 fecha que marca el inicio de la contabilización de los 20 años anteriores a cuando se cumplió la edad mínima pensional.

Por otra parte, en la Resolución posterior SUB 178665 de 10 de julio de 2019, al verificar los periodos 11/1975, 04/1976 y 05/1976, estos fueron tenidos en cuenta bajo las cotizaciones realizadas con el empleador Finkelman y Franco Ltda.

Ahora en el periodo 01/04/1978 a 01/04/1979 bajo empleador Arturo Castro E Cia, las semanas realmente con incidencia pensional se encuentran 46.57 semanas y no 52.29, porque el periodo de cotización que le antecede de 01/02/1975 a 10/05/1978 por Finkelman y Franco L, que equivale a 170,71 semanas, tiene conjunción por ciclos cotizados simultáneamente del 1/04/1978 al 10/05/1978, lo que también se ratifica conforme historia laboral impresa bajo

⁴ Índice 8 "expediente admon CC-70144 - 15-12-2022" y en este el archivo: GEN-REQ-IN-2018_4528040-20180709030507.PDF

administración del ISS en páginas 17-22⁵, situación que no permite alcanzar la sumatoria de 500 semanas en los últimos 20 años a la edad mínima, toda vez que los pagos por periodos simultáneos que se efectúen durante la afiliación al sistema no conducen a doblar o multiplicar el tiempo que representa la cotización, solo a incrementar o mejorar el IBL, también lo ha expresado la Máxima Corporación en sentencia CSJ SL4237-2019, por esto la sumatoria de semanas cotizadas en este periodo asciende a 494.29, como se observa:

Semanas cotizadas entre el 30/07/1969 al 30/07/1989 (Historia Laboral al 9 de julio de 2018 ⁶)		
Desde	Hasta	Semanas
30/07/1969	30/10/1970	65,43
1/11/1971	30/08/1972	43,43
21/05/1974	7/07/1974	6,86
22/07/1974	15/12/19974	21
1/02/1975	10/05/1978	170,71
1/04/1978	1/04/1979	46,57
24/09/1979	1/06/1982	140,29
Semanas totales cotizadas		494,29

Frente a otra opción pensional el demandante cotizó durante toda la vida laboral un total de 617.86 semanas, sin el tiempo simultaneo, por tanto, no cumple con el requisito de las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, se itera tampoco se acreditan 500 semanas dentro de los 20 años anteriores a la derogatoria del Acuerdo 029 de 1983, pues solo cotizó 457; ni tampoco con la opción de 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años a la edad mínima pensional en el rango de vigencia del Acuerdo 029 de 2013, porque dentro de la sumatoria, que la parte actora reclama como de 500 semanas cotizadas, obran periodos simultáneos, que solo permiten totalizar 494.29 semanas.

De conformidad con lo anterior, atendiendo que el actor invoca el cumplimiento de los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por la edad mínima, tampoco se cumplió con la densidad de semanas de 500 en los últimos 20 años, tampoco con los requisitos dispuestos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ni con su modificación dispuesta en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Por lo anterior, se revocará la sentencia consultada, para en su lugar absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor. Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁵ Al índice 07 GEN-REQ-IN-2018_4528040-20180425051310.pdf

⁶ Índice 8 "expediente admon CC-70144 - 15-12-2022" y en este el archivo: GEN-REQ-IN-2018_4528040-20180709030507.PDF

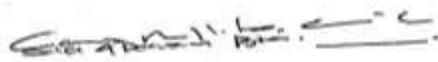
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá el Treinta (30) de junio de 2022, para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones presentadas por el señor ALVARO BERNAL, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

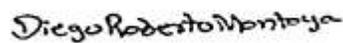
Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **365a1d377055d8260b4040cf60bd636473584ae57b35ff40126f834f9700aaa0**

Documento generado en 31/05/2023 05:56:47 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

MAGISTRADO PONENTE:
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por EDGAR GÓMEZ PADILLA contra la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVAL y OTROS RAD. 110013105-011-2017-00690-01

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de junio 13 de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y demandadas Aerovías del Continente Americano - Avianca S.A., Cooperativa de Trabajo Asociado - Servicopava en Liquidación y Misión Temporal Ltda., contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el día 26 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

Edgar Gómez Padilla llamó a juicio a Aerovías del Continente Americano S.A. (Avianca S.A.), Misión Temporal Ltda. y a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava para que, previo los trámites legales, se declarara que entre el demandante y Avianca S.A. existe un contrato de trabajo vigente, sin solución de continuidad, desde el 16 de septiembre de 1999, en el que interviene como simple intermediaria la Cooperativa de Trabajo Asociado – Servicopava.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a la parte demandada a pagar las prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, tiquetes, la totalidad de las cuotas (sic) por pensión a la cual se encuentre afiliado, la indexación de los anteriores conceptos, así como, lo que resulte probado ultra y extra petita, junto con el valor de las costas que se genere de la presente acción.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 16 de septiembre de 1999 suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con Aerolíneas Centrales de Colombia –ACES (hoy liquidada), para ocupar el cargo de técnico de equipo en tierra, desempeñando las funciones de mantenimiento preventivo, correctivo de equipos en tierra, reparación en patios, asistencia equipos operación rampa, diagnosticar y corregir fallas en sistemas que conforman un equipo y aseo fluidos de equipos en rampa, en la base de Bogotá y en otras bases regionales de Colombia.

Informó que para el 2002 se creó la Alianza Summa conformada por las empresas Avianca S.A., SAM y ACES, que fue trasladado a las instalaciones de mantenimiento de equipos en tierra de Avianca S.A. ubicado en el Puente Aéreo de Bogotá. Posteriormente, que el 15 de septiembre de 2003 fue contratado mediante contrato trabajo por duración de obra o labor determinada por la empresa Misión Temporal Ltda., para seguir ejerciendo funciones contractuales para la Avianca S.A., bajo el cargo de técnico mecánico.

Agregó que el 16 de septiembre de 2004 suscribieron con Misión Temporal Ltda. un otrosí en el que se estableció la responsabilidad de cumplir la política de imagen y presentación personal para la empresa Avianca S.A. y que, ese mismo día, entre las mismas partes suscribieron contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada para seguir desempeñando las labores en Avianca S.A. en el cargo de técnico mecánico.

Indicó que el 1 de junio de 2005, suscribió un convenio de asociación con la precooperativa de trabajo Servicopava para desarrollar el cargo de técnico mecánico en las instalaciones Avianca S.A., el cual, para la fecha de presentación de la demanda, se encuentra vigente.

Manifestó que devenga un salario aproximado de \$2.140.000 y que para ingresar a laborar en las instalaciones de la compañía debe presentar el carné de funcionario de Avianca S.A. y el vestido de dotación que le suministra esa empresa. Además, que el jefe inmediato es funcionario de Avianca S.A., que debe atender órdenes de funcionarios de la referida compañía, así como cumplir los horarios y programación de turnos que esta le impone. Finalmente, agregó que, desde el 16 de septiembre de 1999 a la fecha, ha recibido los beneficios de primas legales, auxilios de transporte y alimentación, valeras Sodexo Pass y tiquetes nacionales e internacionales. (Fls. 4 a 25 ó pag. 6 al índice Blanco y negro0035)

CONTESTACIONES DE DEMANDA

Misión Temporal Ltda., presentó escrito de contestación a la demanda en la que aceptó los hechos relacionados con la contratación laboral que el demandante aduce haber tenido con la referida empresa, formulando las excepciones de «*pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representada*», «*buena fe de la empresa Misión Temporal Ltda*», «*falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*prescripción*», «*trabajador en misión*», «*cobro de lo no debido*» y «*la genérica*». (Fls. 292 a 317 ó pág. 195)

Aerovías del Continente Americano S.A., dio contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, en la medida de señalar que con el señor Edgar Gómez Padilla nunca existió relación laboral ni comercial, por lo que no debe declararse contrato de trabajo alguno con dicha sociedad. Formuló como excepciones las de «*ausencia de relación laboral*», «*ausencia de prestación de servicios a mi defendida*», «*inexistencia de subordinación*», «*inexistencia de las obligaciones que se demandan*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*», «*compensación*», «*enriquecimiento sin causa*»,

«inexistencia de las obligaciones», *inexistencia de solidaridad*», «*la genérica*», «ausencia de pruebas» y «*prescripción*». (Fls. 345 a 353 ó pág. 252)

Por su parte, la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Señaló que Servicopava nunca ha actuado ni actuara como intermediaria con Avianca S.A., pues lo que existió fue un contrato de prestación de servicios en la modalidad de oferta mercantil y orden de compra de servicios vigente entre julio de 2003 y diciembre de 2017. En cuanto al demandante, precisó que existió un convenio de asociación suscrito entre la Cooperativa y el señor Gómez Padilla, a partir del 1 de junio de 2005, de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes en la cooperativa. Agregó que el actor nunca tuvo la calidad de trabajador en ejecución de un contrato de trabajo, sino que su vinculación con esta demandada fue en condición de trabajador asociado. Propuso como excepciones las de «*cobro de lo no debido*», «*compensación*», «*inexistencia de la obligación*», «*buena fe*», «*pago parcial y total*», «*inexistencia de contrato de trabajo*», «*prescripción*» y «*genérica*». (Fls. 402 a 422 ó pág. 323)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día veintiséis (26) de noviembre de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el ciudadano EDGAR GOMEZ PADILLA y la sociedad AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. existió un contrato de trabajo vigente entre el 15 de agosto del año 2003 hasta el 30 de noviembre del año 2017 donde desempeñó el cargo de técnico mecánico devengando como un último salario promedio la suma de \$2.743.279 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AVIANCA S.A. al pago de las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos al aquí promotor de la acción EDGAR GOMEZ PADILLA.

- A. CESANTÍAS: \$25.240.475 debidamente indexadas al momento del pago.
- B. INTERESES A LAS CESANTÍAS: \$941.083 debidamente indexadas al momento del pago.
- C. PRIMA DE SERVICIOS: \$7.842.360 debidamente indexadas al momento del pago.
- D. VACACIONES: \$5.075.056 debidamente indexadas al momento del pago.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AVIANCA S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante EDGAR GOMEZ PADILLA los aportes para pensión desde el 15 de junio de 2003 hasta el 30 de noviembre del año 2017, los cuales deberán ser consignados al fondo de pensiones que informe el demandante o en su defecto a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído y probadas parcialmente las de inexistencia del derecho.

SEXTO: CONDENAR a las demandadas en costas, líquídense por secretaria inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 a razón de \$1.000.000 por cada una de las entidades demandadas (AVIANCA S.A., SERVICOPAVA Y MISIÓN TEMPORAL) y de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva del presente proveído.”

Para arribar a tal conclusión, el *a quo*, una vez analizó las pruebas documentales, los interrogatorios de parte y testimonios practicados, encontró demostrada la prestación personal del servicio del demandante con Avianca S.A., además que, la referida sociedad no aportó dentro del plenario prueba alguna que diera cuenta de una relación distinta a una de carácter laboral, que justificara la prestación de los servicios por parte del promotor de la acción.

Consideró que no fue aportado dentro del plenario ninguna prueba que permitiera concluir que las funciones llevadas a cabo por el demandante las hubiese realizado con independencia, por lo que no se cumplió con la carga de la prueba para desvirtuar la subordinación, así como tampoco, se logró determinar que el demandante, en su calidad de socio de Servicopava, haya ejercido funciones de tal envergadura, como por ejemplo, participar en la administración de la entidad o en la fiscalización, ni acreditar la asistencia a un comité de la administración.

Además, que la finalización del vínculo asociativo por parte de la cooperativa demandada obedeció a la terminación de la oferta mercantil que aquella tenía con Avianca S.A., por lo que se ordenó la exclusión de la cooperativa, de ahí que sus labores eran para favorecer a la empresa usuaria.

Lo anterior lo llevó a concluir que la relación del demandante contempló las condiciones propias del contrato de trabajo, particularmente la de subordinación, por lo que Avianca S.A. fungió como verdadero empleador, en el periodo en que éste ostentó la calidad de asociado, en suma, de acuerdo a los extremos probados del expediente, que entre el demandante y la sociedad Avianca S.A. existió un contrato de trabajo vigente entre el 15 de agosto del año 2003 al 30 de noviembre del año 2017, sin que en juicio se haya logrado acreditar la prestación para Avianca a partir del 16 de septiembre de 1999, toda vez que, como fue enunciado en la demanda, prestó sus servicios desde esa calenda para ACES tal y como es corroborado con las certificaciones, una persona jurídica de derecho privado totalmente diferente a Avianca, de ahí que el actor tan solo probó iniciada la prestación de servicios con la demandada a partir del 15 de agosto del año 2003 como ya se indicó.

Por último, reveló que no era posible aplicar la figura de la compensación al no establecerse una deuda recíproca entre las partes como quiera que el trabajador no es deudor de Avianca ya que los pagos le fueron efectuados por Servicopava de forma irregular bajo la calidad de presunto empleador y no lo hizo en nombre ni en representación de Avianca o por lo menos de ello no hay constancia.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante, inconforme parcialmente con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación en la medida de solicitar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como quiera que en la sentencia apelada no se hizo análisis alguno frente a dicho concepto, pese que fue un tema que se estableció dentro de la fijación del litigio (min. 55:40).

Por su parte, el apoderado judicial de Avianca S.A., presentó recurso de apelación argumentando que la sentencia impugnada patrocina un enriquecimiento sin causa, toda vez que se probó dentro del proceso que el demandante recibió todas y cada una de las acreencias que se derivan de una relación laboral, pues este tomó unas compensaciones semestrales y anuales, y recibió sumas por concepto de vacaciones. Adujo que, si el fallador de primer grado llegó a la conclusión de que Servicopava actuó como simple intermediario, la consecuencia jurídica necesariamente sería que actuó en nombre de Avianca S.A., luego la cooperativa pagó en nombre de su representada todos los emolumentos que aquí se reclaman. En ese sentido, solicita que debe declararse probada la excepción de compensación, en tanto no comparte el hecho de que se le deba pagar doble vez y por el mismo periodo los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, las prestaciones sociales y las vacaciones.

Ahora, en lo que respecta a la declaratoria del contrato de trabajo, indicó que este nunca existió, pues, a su consideración, es errada la apreciación del *a quo* al considerar que Avianca S.A. no hizo ningún esfuerzo por probar que el demandante no prestó servicios a favor de la referida empresa, toda vez que ésta en ningún momento debía demostrar dicho supuesto. Lo anterior teniendo en cuenta que con los contratos que obran en el expediente está probado que el actor perteneció a Misión Temporal y a Servicopava, sociedades con las que tenía sendos contratos, sin que Avianca hubiese recibido una prestación de servicio por parte de la persona natural sino de las personas jurídicas enunciadas, entonces, no podía el juzgado confundir la prestación del servicio de la persona jurídica con la prestación del servicio del demandante, de ahí que no podía operar la presunción del artículo 24 para concluir que hubo una relación subordinada.

Por otra parte, consideró que tampoco se encuentran acreditados los extremos temporales de la supuesta relación, debido a que los tiempos de contratación con la demandada Misión Temporal fueron interrumpidos, por lo que mal hizo el juzgador al establecer la existencia del contrato de trabajo desde el 2003. Adicionalmente, que es errada la afirmación de que el demandante prestó los

servicios en las instalaciones de Avianca S.A., ya que la sociedad no es dueña del aeropuerto y los servicios nunca se prestaron en las instalaciones de esta.

De igual forma, señaló que Servicopava probó que el demandante pidió ser cooperado, que actuó y participó en dicha calidad, entonces, era una persona al tanto de sus actos sin que sea permisible, ahora, pretender ser un trabajador de Avianca, menos aun cuando hay varias pruebas que permiten establecer que el señor Gómez Padilla era consciente de que era cooperado de Servicopava, una cooperativa, que por su tamaño, tenía una organización administrativa.

Finalmente, manifestó que los testigos hicieron apreciaciones subjetivas en favor de la parte actora, que no actuaron como testigos sino prácticamente como codemandantes, en la medida que dieron opiniones acerca de que había un contrato, que había intermediación laboral, sin embargo, nunca compartieron ni la misma área ni los mismos horarios con el demandante en la prolongación del tiempo y estuvieron por poco tiempo con el demandante, sin que supieran supuestos específicos y puntuales sobre el demandante, sin que probaran la subordinación, por el contrario de la cooperativa existían líderes a los que respondía el demandante, de tal forma que al no estar demostrado el contrato de trabajo, tampoco las fechas que establece el juzgado y que si lo existiera estaría demostrado el pago de todo, por el tercero que actúa en nombre del empleador, dando lugar a la excepción de compensación (min. 55:30).

La apoderada judicial de Servicopava Interpuso recurso de apelación manifestó que quedó demostrado que el actor jamás tuvo la calidad de un trabajador en ejecución de un contrato de trabajo, si no que su vínculo siempre fue mediante un convenio de asociación el cual fue firmado de forma libre y espontánea por el actor. Precisó que la citada relación asociativa finalizó de forma objetiva, toda vez que se terminaron no solo la oferta mercantil que tenía Servicopava con la empresa cliente Avianca, sino que también las ofertas con otras empresas clientes, como quedó demostrado en el plenario, situación que imposibilitaba reubicar al demandante.

Solicitó que se tenga en cuenta que el actor solicitó de manera voluntaria a través de un escrito firmado de puño y letra su solicitud de ingreso a la cooperativa, autorizó los descuentos de aportes sociales, además que la cooperativa siempre le pagó la totalidad de las compensaciones y los rendimientos de sus compensaciones anuales, es decir, le pagó los intereses a las cesantías y además disfrutó de varios beneficios de los cuales sólo podría acceder el demandante al ostentar la calidad de trabajador asociado vinculado mediante un convenio de asociación, sin que sea claro que el actor ahora desconozca su calidad de asociado, pese que el demandante reconoció su firma en la vinculación a la cooperativa. Actor al que siempre, la cooperativa le pago Seguridad Social, compensaciones, liquidación y devolución de aportes, según lo obrante en el proceso. Sin que sea procedente la declaración del contrato de trabajo, cooperativa en liquidación, terminación de ofertas mercantiles que dieron lugar a la finalización objetiva del convenio asociativo.

Manifestó que a las cooperativas de trabajo asociado no se les aplica las normas laborales, pues el artículo 70 de la Ley 79 de 1988 ha definido que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan la labor personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecuciones de obra o prestaciones de servicios en las cuales estuvo vinculado el demandante y que durante la duración del vínculo asociativo el demandante nunca manifestó tener objeciones por el acuerdo cooperativo firmado entre las partes ni tampoco objetó las instrucciones que le daba los líderes y sus coordinadores de Servicopava, ni los pagos de compensaciones, ni las semestrales y anuales ni descansos, demostrándose que la Cooperativa los pagó y el actor los recibió en la cuenta de nómina de la cooperativa, para que así se revoque el fallo de primera instancia (min. 1:05:07).

El apoderado judicial de Misión Temporal presentó recurso de apelación argumentado que el juez de primera instancia describe unos extremos laborales, los cuales su representada desconoce, como el inicial el 15 de agosto de 2003. Indicó que la entidad allegó al proceso dos contratos labores; el primero de ellos que inicia el 15 de septiembre de 2003 y finaliza el 12 de septiembre de 2004, y el siguiente que inició el 24 de septiembre del 2004 hasta el 30 de mayo del 2005, por lo tanto, no se entiende por qué el juzgador de conocimiento señala o condena desde el 15 de agosto desconociendo totalmente que el contrato laboral que suscribió con Misión Temporal fue a partir del 15 de septiembre del 2003.

Expresó que no se puede indicar que la entidad a la que representa fue una empleadora aparente o que no realizó funciones como verdadero empleador con el aquí accionante, pues de las pruebas documentales que anexó Misión Temporal Limitada y el interrogatorio de parte al actor, se puede llegar a la conclusión que Misión Temporal Limitada fue su única y directa empleadora con el aquí actor durante el periodo que le prestó sus servicios, más allá de haber cedido la subordinación, sin que su representada fuera un empleador aparente. Coadyuvó y reiteró el punto de apelación presentado por el apoderado de Avianca, ya que no puede pretenderse el doble pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social y condenas, pues en interrogatorio el demandante fue claro en aceptar el pago completo de las obligaciones legales y contractuales, así probado en documental y aceptado por el actor, sin que él presentara reclamo alguno a su representada (min. 1:12:00).

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; el apoderado judicial de la parte demandante presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso, así como en el recurso de apelación. De igual manera se opuso a los recursos presentados por las demandadas.

Por su parte, la apoderada judicial de la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava presentó alegatos de conclusión en los mismos términos señalados en el escrito de contestación de la demanda y en la apelación sustentada en primera instancia solicitando se revoque la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si entre el señor Edgar Gómez Padilla y Aerovías del Continente Americano S.A. - Avianca S.A., existió un contrato realidad de trabajo y, eventualmente, si este se ejecutó con intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico planteado y de acuerdo con los recursos presentados, es preciso señalar que en torno a las Cooperativas de Trabajo Asociado, amparadas en el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en aquellos casos donde el trabajador presta sus servicios para beneficiar a un tercero, quien además de utilizar como vehículo intermediario a una Cooperativa de Trabajo Asociado, ejerce sobre el trabajador la subordinación propia del contrato de trabajo, se obtiene que la persona sujeta a dicha subordinación será considerada como trabajador del beneficiario del servicio.

Lo anterior se fundamenta no solo en el artículo 35 del CST, sino en los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006 (Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015) que estatuye que, ante la desnaturalización del objeto del trabajo asociado, el trabajador cooperado se considerará como dependiente de la persona natural o jurídica beneficiaria del servicio, en el artículo 17 ibídem se previó que el ente cooperado será responsable solidario de las acreencias laborales que se pudieran generar.

Lo anterior en consonancia con la Ley 1233 de 2008, que en su artículo 7º prohíbe a la Cooperativas de Trabajo Asociado disponer del trabajado de sus asociados como mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión, tampoco el contratante de aquellas puede intervenir de ninguna forma en la selección del trabajador o decisiones internas de la cooperativa; tales cooperativas tampoco pueden actuar como “asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos”, ni dejar de ejercer la potestad disciplinaria o reglamentaria, las que en ningún caso serán ejercidas por el tercero contratante, pues de acontecer se evidencian los supuestos para la declaratoria del contrato de trabajo con aquel tercero.

Por otra parte, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, expresó que el personal requerido en toda empresa para el desarrollo de sus actividades misionales permanentes no podría estar vinculado a través de cooperativas asociadas de trabajo que realicen intermediación laboral u otra modalidad que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales propios de las normas laborales. El artículo 1º del Decreto 2025 de 2011, aclaró que por intermediación laboral se debería entender el envío de trabajadores en misión a prestar sus servicios personales a otras empresas o instituciones, precisa que este tipo de actividad solo se encuentra legalmente permitida para las Empresas de Servicios

Temporales, en virtud de la Ley 50 de 1990 y que se considerará como actividad misional permanente, «*aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa*» (artículo 1°, el cual no fue objeto anulación por parte del Consejo de Estado).

De manera tal que es preponderante establecer si el contratista o cooperativa de trabajo asociado tiene la autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de procesos o subprocesos, si ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o si por el contrario, esta se ejerce por el contratante, si las órdenes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se debe ejecutar las imparte el contratante.

Aunado el rigor en la demostración de los elementos que puedan configurar el contrato de trabajo, entre estos lo concerniente a la identificación de la prestación personal del servicio desde unos extremos cronológicos, como en relación a que el beneficiario alegado corresponda a la persona de la cual se alega su condición de empleador.

Así las cosas, y como quiera que la pretensión principal versa en que el demandante fue trabajador de Avianca, sin que se diera estricto cumplimiento al contrato asociativo con Servicopava y las normas que lo regulan; el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ibidem* determina los elementos del contrato de trabajo, estos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 del CST estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuarla.

De acuerdo con lo expuesto, se aporta convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava desde el 1 de junio de 2005 (Fls. 879 y 880), Resolución 928 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual Servicopava retiró al actor de la labor asociativa por éste desempeñada a partir del 30 noviembre de 2017 (Fls. 890 y 892), obra paz y salvo de liquidación definitiva de compensaciones por terminación de convenio de asociación, histórico de los pagos efectuados por la cooperativa al demandante y certificados de aportes en la que consta que la cooperativa realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social para el demandante, en los términos allí referidos (Fls. 893 a 953); ofertas mercantiles de prestación de servicios para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos celebrados entre la Cooperativa de

Trabajo Asociado Servicopava a Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca de 1° de agosto de 2003, junto con el contrato de comodato precario no. 123605021, diferentes otro sí y anexos al mismo (Fls. 487 a 869); se destacan igualmente la solicitud de afiliación a la cooperativa suscrita por el demandante, la aceptación como asociado (Fls. 881 y 882), la solicitud de descuentos aportes voluntarios (f.°883) y copia del carné del demandante en el que se identifica como «TECNICO AVIANCA – SERVICOPAVA» (f.° 81). Acta de entrega de inventario de herramientas, emitido por Avianca, funcionario responsable el accionante Edgar Gómez Padilla (folio 86 a 87), contrato individual por obra o labor folio 71 a 73, otro sí, política de imagen y presentación personal, de fecha 16 de setiembre de 2004 (FI 335), Resolución de retiro de labores No 928/17 (fl 891) en la que Servicopava comunicó al demandante la finalización del vínculo asociativo.

Estatutos de la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava (fls. 425 a 478), y el Régimen de Compensaciones de la CTA accionada (fls. 479 a 486). Medios probatorios de los cuales se colige que la CTA accionada tiene como objeto social asociar personas naturales que aportan directamente su trabajo y prestan sus servicios de forma autogestionaria en actividades socioeconómicas, tales como servicios aeroportuarios, operaciones de servicios a pasajeros, equipajes, carga, correo y mensajería especializada, atención y/o mantenimiento de aeronaves de pasajeros y/o carga en rampa, manejo logístico y venta de pasajes y servicios aéreos, terrestres, fluviales y marítimos, servicio de aseo, y mantenimiento de automotores, entre otras.

Se recepcionó el interrogatorio de parte, del Representante legal de Avianca S.A., señor Luis Felipe Bonilla Escobar, quien manifestó que todas las personas que entran a las instalaciones aeroportuarias de carácter reservado tienen que identificarse con los logos de una empresa aérea, pues así los dispone la Aeronáutica Civil, por tanto es posible que el accionante al prestar su servicio en ciertas áreas debía usar uniforme o algún distintivo de Avianca; aceptó que Avianca suscribió un contrato de comodato con Servicopava, entregó y prestó unas herramientas; no le consta con que herramientas realizó el actor la labor, ni le consta que labores prestaba el actor para Servicopava, no le consta si el accionante recibió capacitaciones. Aceptó que Avianca si se comprometió con Servicopava a prestar capacitaciones, para que los empleados de dicha Cooperativa, prestaran la labor para la cual fueron contratados. Indicó que Avianca tenía trabajadores directos que prestaban el servicio de mantenimientos de sus equipos, como también esta labor era tercerizada. No aceptó que, su representada suscribió un contrato de prestación de servicio con Servicopava, para el suministro de personal de mantenimiento técnico. Aceptó que tenía convenios mercantiles con Servicopava, señaló que la prestación personal del servicio del accionante la realizó en el aeropuerto que es propiedad de la aeronáutica civil. (Cd FI.142 min 1:03.00 continuación audiencia CD FI 148 7:31). Por el liquidador de Servicopava no se aceptó que entre esta y Avianca S.A. se realizara convenio para la provisión de personal, ni que el actor laborara para Avianca S.A. (ibid. Min. 15:05)

Representante legal, de Misión Temporal Ltda. señor, James Humberto Flórez Serna, manifestó que, el accionante sostuvo con Misión Temporal dos vínculos contractuales en la modalidad de obra o labor; presentó su servicio como

trabajador en misión para la empresa usuaria, en el cargo de técnico mecánico; aclaró que los contratos no superaron los 12 meses, y fueron ejecutados en el Aeropuerto el Dorado y Puente Aéreo, que suscribió contrato de prestación de servicios con Avianca para el suministro de personal en misión. (ibid. min 21:30)

En interrogatorio de parte, del accionante Edgar Bonilla Padilla, manifestó que firmó contrato de trabajo por obra o labor con Misión Temporal Ltda., el cual finalizó en el 2004; el salario era cancelado por Misión Temporal Ltda.1, entidad que lo afilió al sistema de la seguridad social; manifestó que nuevamente suscribió otro contrato el 24 septiembre de 2004 y finalizó en el 2005, que las funciones fueron desarrolladas para Avianca S.A; señaló que no presentó solicitud de afiliación a la cooperativa Servicopava, que firmó un convenio de asociación con Servicopava porque era un requisito de vinculación el cual era exigido por Avianca para poder seguir desarrollando sus funciones. Asentó que, los aportes al sistema de la seguridad social eran cancelados por Servicopava, quien le pago compensaciones anuales durante el convenio asociativo. Resalto que, en el desprendible de pago, aparecía como pagador “la gerencia de servicios de Avianca”. Agregó que los permisos y el trámite de las vacaciones se hacían ante el gerente de equipos en tierra de Avianca S.A, quien era su jefe inmediato señor Néstor Riaño. (CD FI. 148 Min 28:56)

De otra parte, fueron absueltos los testimonios de los señores José Alonso Duarte, Luis Giovanni Moreno Serrano y Raúl Jiménez Largo, compañeros de trabajo de la demandante. Testimonios de lo que se desprende que el demandante desarrolló sus funciones en las instalaciones de Avianca en el taller de automotores, que los equipos a los que se les hacía mantenimiento eran de propiedad de Avianca, que se utilizó uniforme y carné distintivo de dicha empresa; que el desempeño de las funciones la vigilaba el señor Néstor Riaño, que era trabajador directo de Avianca S.A. (CD FI 148 Min. 48:00 a 1:06:00).

Ahora bien, la prestación personal del servicio del accionante se encuentra probada, toda vez que el actor ejecutó la función de técnico mecánico como se puede observar del convenio de asociación suscrito entre el demandante y Servicopava para desempeñar las funciones de técnico mecánico a en calidad de trabajador asociado para Avianca S.A., ello fue aceptado por los representantes legales al momento de absolver sus interrogatorios de parte, las funciones desarrolladas no se llevaron a cabo manera autónoma e independiente, para tal efecto se advierte que de conformidad con la carga de la prueba cuando obra demostrado la prestación personal de servicio, la parte demandada debía desvirtuar los elementos del contrato de trabajo, debiéndose indicar que la actuación desplegada por Avianca S.A. no resultó suficiente, toda vez que no se allega prueba alguna que permita inferir que las funciones desarrolladas por el demandante fueron con autonomía e independencia, solo quedo demostrado que a la finalización del vínculo asociativo por parte de Servicopava obedeció a la terminación de la oferta mercantil que tenía con Avianca, como se observa en la resolución de retiro de labores (FI. 891 o pág. 847).

De otra parte, valga indicar que aun cuando el demandante fue vinculado a Servicopava CTA mediante un convenio asociativo, en realidad las labores

desempeñadas se rigieron por un contrato de trabajo directamente con la empresa Avianca S.A., pues fue para esta última que prestaron sus servicios, bajo su continua subordinación; lo que en suma implica que, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, se probó la existencia de un contrato de trabajo, en tanto se configuraron los elementos establecidos en el artículo 23 del CST, como lo adujo el a quo.

Debe tenerse en cuenta que más allá del de la documental aportada sobre la vinculación del actor con la CTA, lo cierto es que no se constató la autonomía y autogestión alegada que tal cooperativa desarrollara durante la ejecución de la oferta mercantil con Avianca, por el contrario su actuar no evidencia algo diferente, en este caso y respecto del demandante, al suministro de personal, dando cuenta de una intermediación laboral actividad vedada a las Cooperativas acorde con la legislación nacional (artículo 17 del Decreto 4588 del 2006).

Ahora respecto a la vinculación con Misión Temporal Ltda., de acuerdo con la documental aportada, el objeto de trabajo suscrito entre Edgar Gómez Padilla y la empresa de servicios temporales (Fls. 71-73, 328 y 330) fue para desarrollar las labores de técnico mecánico para Avianca S.A. por el tiempo que lo requiriera la compañía ó hasta que la cláusula 13 se encuentre vigente, de la lectura de dicho clausulado se desprende una vocación de permanencia en los servicios realizados objeto del contrato celebrado, pero adicionalmente conforme lo ha indicado la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, las suspensiones inferiores a 30 días, sin perjuicio de otros medios de prueba, no tienen la vocación de demostrar la interrupción real del servicio, como se indicó en sentencia SL981-2019:

“En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece.”

Como se observa de la documental referida y de la contestación de la demanda por esta EST (fl. 293 ó pág. 196), que indicó los tiempos de vinculación del actor por esta empresa:

- a) Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada de fecha 15 de septiembre de 2003 hasta el 12 de septiembre del 2004, en el cargo de técnico mecánico.
- b) Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada de fecha 24 de septiembre de 2004 hasta el 30 de mayo del 2005, en el cargo de técnico mecánico.

Situación que excluye de plano que su objeto se haya enmarcado del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 al exceder los límites temporales que este permite lo cual permite inferir que el objeto contractual excede el fin de esta clase de contratos que se reitera es la temporalidad, por consiguiente, resulta claro que, el verdadero

empleador fue la sociedad Avianca S.A., y que la empresa de servicios temporales, Misión Temporal LTDA únicamente fue una simple intermediaria en dicho vínculo laboral y por aquellas calendas, del 15/09/2003 al 30/05/2005, ya que del 1 de junio de 2005 pasó el trabajador a desarrollar su labor en beneficio de la sociedad de transporte aéreo a través de la CTA y hasta el 30 de noviembre de 2017 (fls. 882, 891-892)

El testimonio de los señores José Alonso Duarte, Luis Giovanni Moreno Serrano y Raúl Jiménez Largo, compañeros de trabajo de la demandante. Se advierte que, si bien frente a los dichos testigos fueron tachados de sospecha, no se evidencia manifestaciones parcializadas, por el contrario, se denota claridad en sus asertos, sin incurrir en contradicciones, constándoles además lo narrado al haber prestado sus servicios en similares condiciones, dando cuenta de aspectos relacionados con la manera en la que se prestaba el servicio, el tipo de actividades que se desarrollaban el lugar donde se ejercía las mismas talleres de automotores de Avianca, bajo la supervisión de empleados de Avianca Gerente Técnico, que se utilizaba uniforme y carnet distintivo de dicha empresa, ya que los extremos temporales se apoyan en la documental referida tanto por la EST como por la CTA, en referencia al trabajador que fue destinado a labores en beneficio y servicio para Avianca S.A.

De acuerdo con las mencionadas pruebas, se tiene que el accionante presentó su servicio personal para Avianca S.A, en virtud del contrato de oferta mercantil, y el contrato misional suscrito con Misión Temporal, para desempeñar el cargo de técnico mecánico en Avianca, es decir, existió una relación de trabajo subordinado, extremos temporales en que se ejecutó la prestación del servicio por parte del accionante, fue desde el 15 de septiembre de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2017.

Relación laboral del accionante que feneció el 30 de noviembre de 2017, sin que se acredite reclamación al empleador para el reconocimiento de las prestaciones, mientras que la presentación de la demanda para interrumpir la prescripción de 3 años según el artículo 151 CPT y 488 CPTSS, fue el 26 de octubre de 2017¹; luego entonces, lo que daría lugar a declarar en efecto probada la excepción de prescripción que fue propuesta por las accionadas frente a las prestaciones sociales y vacaciones, teniendo en cuenta para ello, que el término de prescripción de las cesantías, se contabilizada a partir de la fecha de fenecimiento del vínculo contractual, - 30 de noviembre de 2017-, por lo que las mismas no se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de las prescripción.

En cuanto a los intereses de las cesantías y prima de servicio, el término prescriptivo contará a partir de la fecha de causación, a saber, para los intereses a las cesantías la prescripción operará entre el 15 de septiembre de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2013, y respecto a la prima de servicios se encuentran prescritas las causadas con anterioridad al 01 de junio de 2014. Respecto a las vacaciones, debe precisarse que son exigibles un año después de que se causen, ya que el empleador tiene un año para concederlas, es a partir de esa fecha en la

¹ Cuaderno principal, Fl. 264 Acta de Reparto o pág. 158 escaneado.

que se corre el tiempo de la prescripción. Así lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL467-2019, por ende y en el caso que nos ocupa están prescritas las comprendidas entre el 15 de septiembre de 2003 al 14 de septiembre de 2013.

Agotada la discusión precedente en torno a la declaratoria de contrato de trabajo deprecada por el actor, y frente a la prescripción de las acreencias laborales, le corresponde a la Sala establecer si como lo manifiesta en la alzada Avianca S.A., contrario a lo manifestado por el juez primigenio debe declararse probada la excepción de compensación, por considerar que no se debe pagar doble vez y por el mismo periodo las prestaciones sociales y las vacaciones, pues la consecuencia jurídica al declarar que la CTA fue una simple intermediaria, necesariamente sería que actuó en nombre de Avianca S.A.

Así las cosas, se tiene, liquidación de prestaciones sociales (fls. 339-340, pág. 242-243) por Misión Temporal Ltda., igualmente se tiene paz y salvo de liquidación definitiva de compensaciones (fl. 953 ó pág. 910) por terminación de convenio de asociación, que provienen de Servicopava como originadora de los pagos efectuados a favor al actor en vigencia de los convenios de trabajo asociado que los vinculó con aquella, pagos que no fueron controvertidos ni desconocidos por las partes en contienda, especialmente la actora que fue en contra de quien se aportaron.

Por lo dicho surge evidente las compensaciones que provinieron de la CTA a la que estuvo vinculado en el marco del régimen de trabajo asociado, por corresponder a concepto análogo adicional a la retribución del servicio, lo fue para el periodo en que se reclamó la existencia del contrato de trabajo con la recurrente, conforme declarada es Avianca S.A., sociedad para la que en realidad el señor Gomez Padilla prestó sus servicios personales, por tanto, se deben tener en cuenta dichos pagos como semejantes y equivalentes, como si se hubiese desprendido de una relación laboral, así se enseñó a través de la sentencia CSJ SL5595-2019, en la que se explicó:

«Ahora, respecto de la excepción de compensación que alegaron en su favor la Cooperativa de Trabajo Asociado La Comuna y la institución educativa, es preciso señalar que no le asiste razón al demandante en cuanto afirma que no puede confundirse el pago de compensaciones que recibió en virtud de los acuerdos de trabajo asociado con los salarios y prestaciones sociales y, por tanto, se le adeudan estas obligaciones laborales. Ello porque tales pagos se generaron por la misma prestación de servicios que desarrolló a favor de la Universidad Cooperativa de Colombia, de modo que es procedente declarar próspera tal excepción, como acertadamente lo estableció el juez plural.»

Así las cosas, se declarará probada a la excepción de compensación formulada por Avianca S.A., y en consecuencia se modificará el ordinal segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de condenar a AVIANCA S.A. la pago de las prestaciones sociales y vacaciones conforme a las operaciones aritméticas, efectuadas con apoyo del grupo liquidador:

Diferencia Liquidación Tribunal - Relación Nominas Homologados a Prestaciones y vacaciones				
Año	Cesantías - Beneficio X navidad / bienestar	Intereses sobre cesantías - ajuste rendimientos / compensación / anual	Prima de servicios - compensación semestral - aux semestral	Vacaciones - compensación X descanso y beneficio x descanso
2.003	\$ 72.047	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.004	\$ 576.374	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.005	\$ 739.754	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.006	\$ 869.189	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.007	\$ 987.550	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.008	\$ 979.335	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.009	\$ 1.090.971	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.010	\$ 1.111.043	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.011	\$ 1.804.652	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.012	\$ 1.134.594	Prescrito	Prescrito	Prescrito
2.013	\$ 1.246.387	Prescrito	Prescrito	\$ 281.035
2.014	\$ 1.070.670	-\$ 36.409	\$ 57.033	-\$ 753.896
2.015	\$ 1.280.130	\$ 246.887	\$ 205.925	-\$ 896.328
2.016	\$ 1.520.365	\$ 83.659	\$ 230.261	-\$ 1.101.801
2.017	\$ 1.049.780	-\$ 102.851	\$ 1.277.552	-\$ 1.355.300
Totales	\$ 15.532.841	\$ 191.286	\$ 1.770.771	-\$ 3.826.289

Revisado los anteriores cálculos, se tiene que, al efectuarse, cruce de las sumas reconocidas al actor por concepto de “*compensación por descanso y beneficio por descanso*”, con las vacaciones a las que le asiste derecho el mismo, arroja un saldo a favor de Avianca S.A., por lo que no habrá lugar a fulminar condena por ello. Preciado que no es dable compensar las vacaciones frente a las prestaciones sociales, por manera que son conceptos diferentes.

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	\$ 15.532.840,66
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 191.285,96
Prima de Servicios	\$ 1.770.771,42
Vacaciones	\$ 0,00
Total Liquidación	\$ 17.494.898,03

Ahora bien, en lo concerniente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, y ante la prosperidad de la excepción de compensación se modificará el ordinal tercero de la sentencia objeto de apelación, para en su lugar ordenar a la accionada AVIANCA S.A., a reliquidar los aportes pensionales hasta y con el salario devengado por el actor, se precisa que la demanda indicó los horario de labor en general fijados por Avianca, no introdujo situación fáctica por la discusión de incidencia salarial por labor en tiempo suplementario, nocturno, dominical o festivo, salarios mes a mes desde el 15 de septiembre de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2017, así se detalla a continuación:

CICLO	SALARIO MENSUAL
sep-03	\$ 1.296.447
oct-03	\$ 1.296.447
nov-03	\$ 1.296.447
dic-03	\$ 1.296.447
ene-04	\$ 1.258.445
feb-04	\$ 1.258.445
mar-04	\$ 1.258.445
abr-04	\$ 1.258.445
may-04	\$ 1.258.445
jun-04	\$ 1.258.445
jul-04	\$ 1.258.445
ago-04	\$ 1.258.445
sep-04	\$ 1.258.445
oct-04	\$ 1.258.445
nov-04	\$ 1.258.445
dic-04	\$ 1.258.445
ene-05	\$ 1.258.445
feb-05	\$ 1.258.445
mar-05	\$ 1.258.445
abr-05	\$ 1.258.445
may-05	\$ 1.258.445

CICLO	SALARIO MENSUAL
jun-05	\$ 987.054
jul-05	\$ 987.054
ago-05	\$ 987.054
sep-05	\$ 987.054
oct-05	\$ 987.054
nov-05	\$ 987.054
dic-05	\$ 987.054
ene-06	\$ 987.054
feb-06	\$ 987.054
mar-06	\$ 1.034.926
abr-06	\$ 1.034.926
may-06	\$ 1.034.926
jun-06	\$ 1.042.463
jul-06	\$ 1.050.000
ago-06	\$ 1.050.000
sep-06	\$ 455.000
oct-06	\$ 1.050.000
nov-06	\$ 1.050.000
dic-06	\$ 1.050.000
ene-07	\$ 1.050.000
feb-07	\$ 1.050.000

CICLO	SALARIO MENSUAL
mar-07	\$ 1.107.540
abr-07	\$ 1.107.540
may-07	\$ 1.107.540
jun-07	\$ 1.107.540
jul-07	\$ 1.107.540
ago-07	\$ 738.360
sep-07	\$ 886.032
oct-07	\$ 1.107.540
nov-07	\$ 1.107.540
dic-07	\$ 1.107.540
ene-08	\$ 1.107.540
feb-08	\$ 1.107.540
mar-08	\$ 1.181.634
abr-08	\$ 1.181.634
may-08	\$ 1.181.634
jun-08	\$ 512.042
jul-08	\$ 1.181.634
ago-08	\$ 1.181.634
sep-08	\$ 1.181.634
oct-08	\$ 1.181.634
nov-08	\$ 1.181.634
dic-08	\$ 1.181.634
ene-09	\$ 1.181.634
feb-09	\$ 1.181.634
mar-09	\$ 1.284.082
abr-09	\$ 1.155.674
may-09	\$ 1.284.082
jun-09	\$ 1.284.082

jul-09	\$ 1.284.082
ago-09	\$ 984.463
sep-09	\$ 898.857
oct-09	\$ 1.284.082
nov-09	\$ 1.284.082
dic-09	\$ 1.284.082
ene-10	\$ 1.284.082
feb-10	\$ 1.284.082
mar-10	\$ 1.309.764
abr-10	\$ 1.309.764
may-10	\$ 1.309.764
jun-10	\$ 1.309.764
jul-10	\$ 1.309.764
ago-10	\$ 1.309.764
sep-10	\$ 567.565
oct-10	\$ 1.309.764
nov-10	\$ 1.309.764
dic-10	\$ 1.309.764
ene-11	\$ 1.178.788
feb-11	\$ 1.309.764
CICLO	SALARIO MENSUAL
mar-11	\$ 1.351.284
abr-11	\$ 1.351.284
may-11	\$ 1.351.284
jun-11	\$ 1.351.284
jul-11	\$ 1.351.284
ago-11	\$ 1.306.241
sep-11	\$ 675.642
oct-11	\$ 1.351.284

nov-11	\$ 1.351.284
dic-11	\$ 535.600
ene-12	\$ 1.351.284
feb-12	\$ 1.261.198
mar-12	\$ 1.401.688
abr-12	\$ 1.401.688
may-12	\$ 1.401.688
jun-12	\$ 1.401.688
jul-12	\$ 1.401.688
ago-12	\$ 1.401.688
sep-12	\$ 887.736
oct-12	\$ 1.121.350
nov-12	\$ 1.401.688
dic-12	\$ 1.401.688
ene-13	\$ 1.401.688
feb-13	\$ 1.401.688
mar-13	\$ 1.435.888
abr-13	\$ 1.435.888
may-13	\$ 1.435.888
jun-13	\$ 1.435.888

jul-13	\$ 1.435.888
ago-13	\$ 1.052.985
sep-13	\$ 1.388.025
oct-13	\$ 1.435.888
nov-13	\$ 1.569.905
dic-13	\$ 1.522.042
ene-14	\$ 1.417.307
feb-14	\$ 761.021
mar-14	\$ 1.551.570
abr-14	\$ 1.551.570
may-14	\$ 1.551.570
jun-14	\$ 1.551.570
jul-14	\$ 1.189.537
ago-14	\$ 982.661
sep-14	\$ 1.155.570
oct-14	\$ 1.396.413
nov-14	\$ 1.034.380
dic-14	\$ 568.909
ene-15	\$ 1.034.380
feb-15	\$ 1.551.570

CICLO	SALARIO MENSUAL
mar-15	\$ 1.608.356
abr-15	\$ 1.608.356
may-15	\$ 589.731
jun-15	\$ 1.608.356
jul-15	\$ 1.608.356
ago-15	\$ 1.608.356
sep-15	\$ 1.608.356
oct-15	\$ 1.608.356
nov-15	\$ 1.608.356
dic-15	\$ 1.792.166
ene-16	\$ 1.838.120
feb-16	\$ 1.838.120
mar-16	\$ 1.962.562
abr-16	\$ 1.962.562
may-16	\$ 1.962.562
jun-16	\$ 724.606
jul-16	\$ 1.962.562
ago-16	\$ 1.962.562
sep-16	\$ 1.962.562
oct-16	\$ 1.962.562
nov-16	\$ 1.962.562
dic-16	\$ 1.962.562
ene-17	\$ 1.962.561
feb-17	\$ 1.962.561
mar-17	\$ 1.962.561
abr-17	\$ 2.188.254
may-17	\$ 2.075.407
jun-17	\$ 2.075.408
jul-17	\$ 2.075.408
ago-17	\$ 553.444

sep-17	\$ 2.075.408
oct-17	\$ 2.075.408
nov-17	\$ 1.867.868

Respecto a la inconformidad del apoderado judicial de la parte accionante, atinente al pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías -artículo 99 de la Ley 50 de 1990-, manifestó que el *a quo* no hizo análisis alguno frente a dicho concepto, debe indicarse en lo concerniente a este tópico, que en las pretensiones del escrito genitor (fl. 5 y sig.) no se solicitó el reconocimiento y pago de dicha indemnización ni de ninguna otra.

PRETENSIONES

DECLARACIONES Y CONDENAS:

Teniendo en cuenta los hechos antes narrados solicito al señor Juez lo siguiente:

PRIMERO: Se declare que entre el demandante EDGAR GOMEZ PADILLA y la demandada AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., existe un contrato vigente de trabajo desde el día 16 de septiembre de 1999, en la que interviene como simple intermediaria la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO – SERVICOPAVA.

SEGUNDO: Se declare expresamente para todos los efectos que la relación de trabajo que inició el 16 de septiembre de 1999, no ha sufrido solución de continuidad.

TERCERO: Se condene a la demandada a pagar los siguientes conceptos:

- a) Primas legales.
- b) Vacaciones.
- c) Tiquetes.
- d) Pago de la totalidad de las cuotas por pensión a la cual se encuentre afiliado.
- e) Auxilio de transportes.
- f) Cesantías.
- g) Intereses a las cesantías.

CUARTO: Se condene a la demandada a realizar la indexación y actualización monetaria en todos los pagos a favor del demandante.

QUINTO: Se condene a la demandada a pagar lo que resulte probado ULTRA Y EXTRAPETITA.

SEXTO: Se condene a la demandada a pagar a la actora el valor de las costas que genere la presente acción.

Ahora, la aplicación de las facultades ultra y extra petita tienen su génesis legal, en el artículo 50 del Código Sustantivo de trabajo, el cual dispone que el Juez Laboral de Primera Instancia puede reconocer y ordenar al empleador demandado el pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones, que no hayan sido incluidos dentro del petitum de la demanda por parte del trabajador promotor del litigio, condicionando ésta potestad judicial a que los hechos que originan dichos derechos hayan sido discutidos y probados en el juicio laboral.

Ahora debe tenerse en cuenta, que en todo caso que tal facultad extra y ultra petita, no puede vulnerar el derecho de defensa y debido proceso de la parte a quien desfavorece, que no es otro que el empleador demandado, y es por eso, que el legislador ha condicionado su procedencia a que los hechos en que se fundamenta el reconocimiento del derecho no pedido, previamente tuvieron que haber sido debatidos dentro del proceso, y además, se encuentren debidamente probados, siendo de esta forma que la parte demandada pueda controvertirlos, y en esa

medida no se trata de hechos desconocidos para quien desfavorece la decisión, pues en su oportunidad pudo controvertirlos o exponer sus razones de defensa; de lo dicho, resulta irrefutable que una condena a partir de estas facultades no es sorpresiva en primera instancia, sino que tiene un respaldo probatorio y respetuoso del derecho de defensa y contradicción, lo que armoniza al debido proceso

Conforme a las anteriores precisiones, para el caso particular de la segunda instancia, lo recurrida no tienen cabida, en tanto condenar más allá de lo no petitionado, toda vez que existe una prohibición legal como así lo ha dejado sentando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes decisiones, entre estas sentencias SL4906-2020, SL4885-2020, SL5161-2020; por consiguiente, la Sala se abstiene de pronunciarse respecto a la indemnización pretendía en el recurso de apelación.

Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral, instaurado por Edgar Gómez Padilla en contra de Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, Aerovías del Continente Americano Avianca S.A., y Misión Temporal Ltda., en el sentido de DECLARAR que entre el señor Edgar Gómez Padilla y Avianca S.A., existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido en el 15 de septiembre de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2017, donde desempeñó el cargo de técnico mecánico devengado como último salario la suma de \$2.536.749 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de compensación, conforme a lo expuesto.

TERCERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada en el sentido de CONDENAR a la demandada AVIANCA S.A. al pago de las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos a favor del promotor de la acción Edgar Gómez Padilla:

- a) Cesantías: \$15.532.840
- b) Intereses a las Cesantías: \$ 191.285
- c) Prima de Servicios: \$ 1.770.771

CUARTO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar CONDENAR a la demandada AVIANCA S.A. reliquidar a favor del

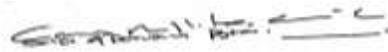
demandante EDGAR GOMEZ PADILLA los aportes a pensión desde el 15 de junio de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2017, teniendo en cuenta el salario devengado por cada mes, los cuales deberán ser consignados al fondo de pensiones que informe el actor o en su defecto a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, conforme a lo expuesto a la parte motiva.

QUINTA: CONFIRMAR en todo lo demás.

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

Notifíquese por edicto.

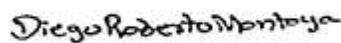
Los magistrados,



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 715305f9a5bf36f7e154ea7e4e70e98683b08e03f96d94e0ebc64b398e697d51

Documento generado en 31/05/2023 05:57:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 020 2021 00280 01

Demandante: MARTHA ALCIRA ROA FERNANDEZ

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el diecinueve (19) de abril de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Alcira Roa Fernández, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que es hija en condición de discapacidad de la causante María Trinidad Roa Fernández, que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a la accionada a pagar la pensión de sobrevivientes a partir de la fecha de la causación del derecho, junto con los intereses moratorios establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, lo que resulta ultra y extra petita; costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de su pretensión, indicó que nació el 29 de marzo de 1988; y fue diagnosticada con hipoacusia neurosensorial profunda congénita, que fue adoptada legalmente por la señora María Trinidad Roa Fernández el 17 de agosto de 1995; manifestó que, el 26 de julio de 1997 el Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones reconoció pensión de vejez a la señora Roa Fernández; advirtió

que el 05 de noviembre de 2010, mediante dictamen SNML No. 6629 el ISS emitió calificación de pérdida de la capacidad laboral en un 53.55% con fecha de estructuración 29 de marzo de 1988. Recalcó que siempre dependió económicamente de María Trinidad Roa Fernández quien cubría sus necesidades básicas, como la alimentación, vivienda, servicios públicos, educación, vestuario, recreación y en general todos los gastos necesarios para su manutención.

Señaló, en el 2010 a María Trinidad Roa le fue diagnosticado melanoma maligno de piel; que en el 2011 y como parte de los programas de inclusión social para las personas con discapacidad fue vinculada laboralmente con una empresa “Quala”, que con el salario percibido ayudaba con los gastos médicos de su madre quien para esa fecha ya tenía un delicado estado de salud; que el 26 de agosto de 2017 falleció su madre conforme se acredita con el registro civil de defunción; expresó que habitaba con su madre, que ella no tenía cónyuge o compañero ni otros hijos, que solicitó ante Colpensiones el 05 de junio de 2018 reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, siendo negada por dicha entidad mediante Resolución SUB 199380, contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, siendo confirmada en Resolución SUB 251743 y resuelta la apelación por negativa del reconocimiento deprecado por Resolución DIR 18890 del 26 de julio de 2018 (26/07/2018)¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de sus pretensiones, para lo cual argumentó que la accionante no acredita el cumplimiento de los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 literal C, en lo atinente a la dependencia económica, pues cuenta con un ingreso económico constante e ininterrumpido con la empresa “Quala”. Como excepciones de fondo propuso «Inexistencia del derecho reclamado», «Cobro de lo no debido», «Buena fe», «No configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno», «No configuración del derecho al pago de los intereses moratorios ni indexación moratoria», «Carencia de causa para demandar», «Compensación», «Prescripción», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica»²

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de abril de 2022, resolvió:

“PRIMERO: Declarar probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado y por tanto Absolvió a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de las pretensiones incoadas por la señora Martha Alcira Roa Fernández, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

¹ Exp Digt. al índice 01 Pdf. Pag. 1 a 18

² Exp Digt. Al índice 04 Pdf. Pag. 1 a 18

SEGUNDO: Costas a cargo de la parte demandante y a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mensual vigente.

TERCERO: De no ser apelada la presente decisión, remítase ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta.”

Para arribar a la anterior conclusión, consultado sobre el enlace remitido por el despacho, El Juez resaltó respecto a la dependencia económica que las declaraciones valoradas conforme al principio de la libre formación del convencimiento contenido en el artículo 61 Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social -CPTSS-, no se encuentra acreditado la subordinación económica respecto de la causante María Trinidad para el momento de fallecimiento, y existe actualmente, autosuficiencia económica, pues la accionante hace más de 10 años labora para la empresa “Quala”, como empacadora devengando un SMLMV e incluso que el auxilio y apoyo se daba en ocasiones de la demandante a su madre fallecida por la enfermedad que padecía, además también le ayuda económica a sus padres biológicos, como lo manifestaron los testigos.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte accionante inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación, reprochando que no se hizo un debido análisis del acervo probatorio, de manera especial la prueba testimonial, con ella se acredita que dependía económicamente de la causante al 26/08/2017, que si bien esta dependencia económica no es absoluta, si era completamente necesaria, toda vez que el aporte que presentaba la causante, era un aporte cierto, regular, periódico y significativo en perspectiva con los ingresos que para ese momento percibía la demandante. Resaltó que la dependencia económica debe verificarse para el momento del fallecimiento de la causante, esto es, 26/08/2017 instante en el cual, si bien se encontraba laborando, esa remuneración que recibía no era suficiente, pues claramente necesitaba de ese aporte que sí le seguía brindando su señora madre que seguía prestando para 2017.

Preciso, que la demandante se sostiene porque vive dentro de una casa familiar, quien requiere de cuidados especiales en su salud, actividades de autosuperación, su condición de discapacidad hace que el requisito de independencia económica no pueda verse desde una esfera general sino desde una perspectiva mucho más garantista y constitucional pues es un sujeto de especial protección constitucional. Resaltó que negarle esa prestación por estar trabajando, implica imponer barreras desproporcionadas a los derechos de las personas discapacitadas, es muy importante recordar que se debe procurar la igualdad de derechos y oportunidades, por Ley 1347 de 2009 se encuentra el derecho de laborar como inclusión y no por ello negar el derecho reclamado. Asentó, que se debe realizar un análisis integral de los testimonios, con los que se acredita que si cumple con

los requisitos de la norma y de la jurisprudencia para acceder a la prestación económica solicitada en la presente litis (min. 32:44).

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, establecer si procede el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de sobrevivientes a favor de la demandante.

CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que a la causante María Trinidad Roa Fernández el extinto ISS a través de la Resolución 013270 de 1997 le reconoció pensión de vejez, efectiva a partir del 1° de agosto de 1997, en cuantía de \$296.663 (Índice 01 pag.47), Igualmente se probó que la pensionada, señora María Trinidad Roa Fernández falleció el 26 de agosto de 2017 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción (ibid. Pág. 34) y se admite por la entidad accionada en las Resoluciones SUB 199380 del 26 de julio de 201, SUB 251743 24 de septiembre de 2018 y DIR 18890 del 24 de octubre de 2018 en las que se negó la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional (Ibíd. Pág. 74-87).

De acuerdo con los anteriores hechos probados, el estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento de la causante (CSJ SL335-2023).

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso de la causante se ubica en este supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Con base en lo anterior, el problema jurídico a decidir se centra en la demostración de la invalidez de la hija de la demandante y la dependencia económica exigida en la norma para tenerla como beneficiaria de la prestación solicitada, de conformidad con lo dispuesto por el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que incluyó como beneficiarios a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, la que hace referencia a que no tengan ingresos adicionales mientras subsistan las condiciones de invalidez.

De conformidad con los parámetros fácticos y legales definidos, se tiene que la condición de hija se acredita con el registro civil de nacimiento³ y la invalidez se acreditó de acuerdo con el dictamen expedido por el Instituto de los Seguros Sociales el 05 de noviembre de 2010, por medio del cual se le calificó pérdida de capacidad laboral en 53.55%, con fecha de estructuración a partir del 29 de marzo de 1988⁴.

Las anteriores acreditaciones, sin duda alguna permiten ubicar que los efectos de la afectación de salud a la demandante conllevan una situación de invalidez, según lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, al superar el porcentaje del 50% que es el que permite dar dicha calificación.

Frente al requisito de la dependencia económica, la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006, declaró inexecutable la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en «*forma absoluta y total*» como se concibió inicialmente en la norma antes citada, por tanto determinó que la dependencia económica se entiende como la falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes suministrarse para sí misma su propia subsistencia, por lo que ésta supone un criterio de necesidad, que resulta indispensable para asegurar la subsistencia de quien, como en el caso de los hijos inválidos, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir de dicha ayuda. Por ello la dependencia económica no siempre es total o absoluta, pues no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional, siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, valga decir, haga desaparecer la relación de subordinación frente al progenitor (a) fallecido (a).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido del criterio reiterado que la dependencia económica se establece en cada caso particular, sin que la misma sea total y absoluta, pues lo que ha de probar es que se derive de una contribución por parte del causante, que se acredite como relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la demandante, y que pueda configurar subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL2860-2021). En igual sentido la doctrina de la Alta Corporación ha determinado que para poder tener, en calidad de beneficiarios, derecho a la pensión de sobrevivientes por la muerte del padre, madre o hijo respectivamente, no es necesario que se encuentre un estado de mendicidad o indigencia, pues el simple hecho de recibir ingresos de otras fuentes no significa que tenga autonomía económica para subsistir por sí solo. Además, la citada Corporación señaló que la dependencia que da lugar a la prestación es la que existió al momento de la muerte y no después de acaecida ésta⁵.

Igualmente siguiendo el hilo argumentativo, para la acreditación de la dependencia económica en tratándose de la pensión de sobrevivientes, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que se verifica con la presencia de aportes ciertos, regulares y significativos, de modo que se presente una subordinación

³ Exp. Digt. Al índice 01 Pdf Pag. 24

⁴ Exp. Digt. Al índice 01 Pdf Pag. 29 a 31

⁵ Sentencia CSJ SL-15116-2014.

económica del hijo respecto del padre y se descarte la presencia de otros ingresos que lleven al hijo a gozar de autosuficiencia económica. Así lo señaló en la sentencia CSJ SL5605-2019:

“Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:

a. *La dependencia económica debe ser:*

- *Cierta y no presunta:*

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

- *Regular y periódica*

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;

- *Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios*

“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

De conformidad con las normas antes citadas y el entendimiento jurisprudencial expuesto, se procede a estudiar el requisito de dependencia económica de la demandante respecto de su fallecida madre, se recepcionaron los siguientes testimonios:

Luz Andrea Pataquiva Roa, manifestó tener familiaridad con la accionante, son primas, dijo que para el 2017, la actora y su tía fallecida vivían en la misma casa, que su tía María Trinidad Roa era pensionada, que adoptó a la accionante cuando esta tenía como 5 o 6 años, y era quien cubría sus gastos de salud, alimentación y educación; aseguró que Martha Alcira ingresó a trabajar hace unos 10 años al ser apoyada por una fundación, con un cargo de operaria, empacadora en la empresa Quala (min. 18:43).

La testigo Sandra Mercedes Roa Lozano, expresó que es hermana de la accionante, y sobrina de la causante; de lo aclarado hermana biológica, que Martha Alcira trabajaba como empacadora y operaria de máquina desde hace unos 10 años, que fue adoptada desde pequeña, que la difunta vivía con su

hermana, con la señora Ana Mercedes, sus hijos y esposo. Con quien se comunica con lenguaje especial, y no todos pueden entenderla. Señaló que la accionante trabaja en la empresa "Quala" desde hace 10 años, devenga el salario mínimo, el empleo lo obtuvo con ayuda de una fundación por su condición de discapacidad, que devenga un poco más del mínimo, a veces en la empresa hace horas extras; que la casa donde vive la actora es familiar, que paga el servicio del agua. Informó que Martha Alcira invierte su salario, en vestuario, salud, comida, transporte. Sostuvo que la actora no tiene ningún gasto adicional. Agregó que les presta ayuda a sus papas biológicos, quienes son de la tercera edad, que la preocupación de la actora es poder tener vivienda o que exista un movimiento en la empresa (min. 34:41).

La testigo Ana Mercedes Roa Pataquiva, señaló que es tía de la accionante y, hermana de la difunta María Trinidad Roa; expresó que Martha Alcira labora como empacadora en la empresa Quala, desde hace varios años incluso desde la muerte de su hermana; que compartían la vivienda con la causante, es una casa familiar; afirmó que desde que su hermana adoptó a la actora, se encargó de su estudio, alimentación, pues era pensionada y no siguió trabajando por su enfermedad; Destacó, pese a que la actora trabaja, su hermana la apoyaba con algunas cosas y apoya a sus padres biológicos; sostuvo que Martha Alcira no es independiente económicamente, en vida su madre la apoyaba en lo que podía, porque vive en casa con sus familiares, colabora con el servicio del agua y algunas veces lleva mercado, pero no se le exige nada para la casa, sin conocer otros ingresos de la actora diferentes a la empresa Quala (min. 5:59).

Del análisis de la prueba testimonial, no se logra acreditar la dependencia económica de la accionante respecto a su madre fallecida, señalaron que la accionante trabaja como operaria y empacadora en la empresa Quala, que devenga el salario mínimo, y que su madre le ayudaba con algunas cosas, empero no precisaron en que consistía la supuesta ayuda económica, no dieron cuenta de aspectos puntuales en que dependía de la causante, y si bien se indica que la vinculación de la actora fue a través de un programa especial por la condición de salud, ya se indica una antigüedad laboral considerable, que implica aquella capacidad laboral residual, tampoco que aquellos ingresos laborales puedan tenerse por contingentes a fecha cercana al fallecimiento de la persona pensionada, por tanto aquella dependencia económica relevante de la demandante hacía su ascendiente no se encuentra demostrada.

Lo anterior porque para el momento de fallecer la causante, era necesario conocer de qué forma y en qué grado se brindaba la ayuda económica que se enuncia su mamá prodigaba en vida y no se acreditó que fuese la causante quien asumiera parte de los gastos personales y básicos de la actora, que pagara el total o parte de lo que costaba su estancia en el hogar, o por lo menos, que le suministrara una colaboración económica que fuese relevante y necesaria para la congrua subsistencia de la accionante y desde luego, que su ausencia afectara sus condiciones mínimas de sostenimiento. Reiterando que el hecho de percibir un salario mínimo, porque trabaja como operaria y empacadora en la empresa Quala, si bien no la convierte de manera inexorable en independiente económicamente,

sí genera falta de certidumbre en cuanto a que tal estipendio que se expresa recibía la aquí demandante, fuere de tal entidad que faltando aquel se afectara su mínimo vital.

Aunado a lo anterior, la Sala no desconoce que la actora, es un sujeto de especial protección, por su situación de discapacidad en grado de calificación de invalidez, no obstante, ello no es óbice para que de manera automática se reconozca la prestación deprecada, se itera si bien la vinculación laboral se originó por un programa especial, la antigüedad que esta representa da cuenta de aquella capacidad laboral residual, por manera que frente al reconocimiento de la prestación económica en calidad de hija invalida es necesario, acreditar los requisito de dependencia económica respecto de la pensionada fallecida, conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

La exigencia de la acreditación de dependencia económica de los hijos inválidos para tener derecho a la prestación social, parte de la necesaria libertad de configuración legislativa y ajustada al contexto constitucional en sentencia C-111 de 1996 que tuvo por inexecutable el precepto que la dependencia económica fuera total y absoluta, y obedece a un criterio de razonabilidad, la norma garantiza a quien dependía económicamente su digna subsistencia al faltar su ascendiente. Por tanto, no se trata de una disposición discriminatoria, ya que la misma encarna una acción a la hija en condición de discapacidad, en situación de un necesario estado de necesidad con apoyo en el criterio de dependencia.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria sobre la dependencia económica, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se fundan las pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del CGP, es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte actora.

Bajo este panorama probatorio, considera la Sala que la conclusión expuesta en precedencia a la que se llega a través de la libre formación del convencimiento con arreglo a la aplicación de las reglas de la sana crítica probatoria, conlleva a confirmar la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE

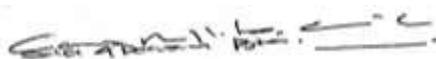
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el diecinueve (19) de abril de dos mil veintidós (2022) dentro

del proceso ordinario laboral, promovido por la señora Martha Alcira Roa Fernández contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por edicto.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b2e9e2980f1bda8d1c1af5f6c0690bf545136866def39e6272fdd95db6bb30c3**

Documento generado en 31/05/2023 05:57:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario: 110013105-023-2021-00169-01

Demandante: ALVARO ALFONSO GONZALEZ ROMERO

Demandada: UNIPLES S.A.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto dentro del expediente de la referencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, profiere la siguiente.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del accionante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El señor Álvaro Alfonso González Romero llamó a juicio a UNIPLES S.A., para que previo los trámites legales, se declarara que existió una relación laboral, comprendida entre el 17 de octubre de 2012 al 21 de diciembre de 2021 (21/12/2021); que la relación contractual se terminó de manera unilateral y sin justa causa, se declare que la “bonificación no prestacional” si era salario, se ordene el pago de las comisiones por la gestión adelantada para la consecución de la cesión del contrato de compraventa No. 42-17 con CPE y su posterior adición, se reliquide las cesantías y prima del año 2015, se reliquide las prestaciones sociales y las vacaciones de 2017. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo -CST-, sanción moratoria del artículo 99 del CST, correspondiente a las cesantías del año 2015, se reliquide la indemnización por despido sin justa causa y se indexe la misma, subsidiariamente se indexe las sumas reconocidas, y lo que resulte ultra y extra petita; así como a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que la relación laboral con la accionada inició el 17 de octubre de 2012; que durante el 2015 y 2016 manejó los procesos y gestionó los contratos que se celebraron con CPE; que en el 2017 pasó a ser ejecutivo de valor encargado entre otras, de la cuenta CPE; que el 17 de

marzo de 2017 presentó oferta para participar en el proceso de selección abreviada- subasta 01 de 2017 para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes; que en el contrato que unió a las partes se pactó un salario básico de \$4.500.000 y comisiones del 1% sobre las ventas realizadas, un 0.25% sobre la venta mensual de la línea Hardware que sean iguales o superiores al 100% del presupuesto asignado; en 2013 a 2015 se hizo acreedor de distintas comisiones debido a su gestión comercial; que parte de esas comisiones (\$75.778.694) fueron pagadas por la accionada por concepto de servicio de transporte; que en el 2016 recibió memorando por bajo desempeño en las ventas, sin embargo se demostró que el equipo de trabajo vendía más frente a otros departamentos, por ello modificaron la relación laboral.

Indicó que el 28 de febrero de 2017, se liquidó el contrato de trabajo, pero la relación laboral continuo, que el 08 de marzo de la referida anualidad se suscribió un documento con el fin de modificar el cargo; que las funciones desempeñadas antes de 2017 y después eran las mismas, quien debía realizar ventas de los productos ofrecidos por Uniples S.A., atender las cuentas de gobierno, presentar licitaciones, estar en contacto con el cliente entre otras; que llevando 20 días en el nuevo contrato, Uniples S.A. decidió otorgar unilateralmente una bonificación “no prestacional” por la suma de \$25.000.000; el 21 de diciembre de 2017 la accionada decidió unilateralmente y sin justa causa dar por terminada la relación laboral; que se liquidó el contrato en la suma de \$15.071.974, pero no se tuvo en cuenta la comisión a la que tenía derecho por cesión del contrato con CPE, ni el carácter salarial de la “bonificación no prestacional” y tampoco el tiempo completo de la relación laboral para efectos de la indemnización por despido sin justa causa; que el 28 de diciembre de 2017 se realizó el examen médico de retiro, que el 22 de marzo de 2018 reclamó por escrito con el fin de que se revisara el monto de la liquidación; informó que el 23 de abril del mismo año, la accionada realizó nueva liquidación y le canceló la suma de \$3.383.706 y que el 21 de diciembre nuevamente presentó reclamación (al índice 002DEMANDA, págs. 1 a 17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de 05 de agosto de 2021, se tuvo por contestada la demanda por parte de UNIPLES S.A.¹ en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicó que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero vigente desde 12 de octubre de 2012 hasta el 28 de febrero de 2017, y el segundo desde el 08 de marzo de 2017 hasta el 21 de diciembre de 2017. Agregó que la bonificación no prestacional por valor de \$25.000.000, que se le entregó al actor fue una ayuda económica libre y voluntaria para que atendiera necesidades personales y las exigencias del trabajo como ejecutivo de valor.

Manifestó que el valor de \$75.778.694 obedeció a una bonificación no constitutiva de salario o un reconocimiento especial, porque su equipo de trabajo logró un negocio, y se le otorgo por única vez de manera libre y voluntaria. Sostuvo que, el actor no tiene derecho a ninguna comisión por la cesión del contrato de compraventa No. 42-17 con CPE y su posterior adición, pues este fue un negocio que se realizó directamente por las empresas PC SMART y UNIPLESS S.A., con

¹ (Expediente Digital: 010. Auto.).

el beneplácito de la entidad estatal Computadores para Educar (CPE). Formuló como pretensiones de mérito, las que denominó *cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, pago, buena fe, y prescripción*².

II.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad Uniples S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor Álvaro Alfonso González Romero, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante.

TERCERO: En caso de no ser apelada oportunamente esta decisión Consúltese con el superior a favor del demandante.”³

En la sentencia se consideró que el demandante durante la cesión del contrato 42-17 no demostró que fuera un gestor comercial, pues a pesar de que existió un primer contacto con él por parte de la empresa PC SMART, el demandante dirigió aquel contacto a otra persona, que conforme testimonial se observó que fue intereses de aquella empresa PC SMART el ceder el contrato al empleador demandado y no gestión propiamente comercial del demandante, enunció que si bien se allegaron impresiones de mensajes de datos de aplicación WhatsApp, no se pudo determinar su remitente y que en gracia de discusión la lectura de estos elementos por si solos no constituyen una prueba fehaciente con la cual se pueda determinar que el demandante fue la persona encargada de gestionar o que hubiese conseguido, planeado o ejecutado el negocio de la cesión del contrato 42-17, si bien el actor fue la persona que en representación de Uniples presentó la licitación para este contrato ante Computadores Para Educar, tal contrato no le fue adjudicado en ese momento, que es donde si efectuó una gestión comercial, ya que esta compañía participó luego del mencionado contrato pero en forma de cesionaria, por lo que no encontró sustento frente a comisiones por aquella cesión contractual.

Por otra parte, se concluyó que la finalidad que tenía el pago de \$25.000.000 al demandante, lo fue por una sola vez y no correspondía a contraprestación del servicio, sin incidencia salarial absolvió de las demás pretensiones al depender de estas.

III.RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante sustentó el recurso de apelación al no compartir la decisión de decretar dos relaciones laborales, porque no se tuvo en cuenta el manual de funciones, donde se observa que la función principal tanto de un cargo como del otro son en esencia la misma, porque en las dos tenía que realizar actividades de preventa y postventa de los productos del portafolio de Uniples, que continuó a

² Exp Dig, al índice 08ConestacionUniplesSA

³ 012. ACTA DE AUDIENCIA 80 CPTSS

cargo de la atención de cuentas de gobierno y que el mero cambio de nombre del cargo no implica realmente un cambio esencial de funciones.

Respecto al tema de que no se remuneró completamente el mes de marzo porque los desprendibles de nómina de dicho mes, se dice que se están remunerando 64 horas de servicio prestadas, el juzgado no tuvo en cuenta que si bien es cierto en el desprendible de nómina se establece que se están remunerando 64 horas de salario, también es cierto que están remunerando un monto garantizado que según el contrato estaba pactado en \$1'000.000 de pesos, es decir que por esa quincena deberían ser \$500.000 pesos, pero el empleador lo ajustó a \$1'666.000 pesos, de modo que a sumar esos dos componentes, es decir, el garantizado y el salario daban \$2'999.997 pesos que son \$3'000.000 que equivale a la quincena a la que tenía derecho del 1° al 15 de marzo como se puede observar también en los desprendibles de nómina de abril, de la primera y de la segunda quincena el monto total pagado en abril con el salario y el garantizado son \$6'000.000 y al sumar los montos devengados tanto de salario y garantizado en marzo primera quincena y marzo segunda quincena son los mismos \$6'000.000 de pesos, más el auxilio de teléfono que está incluido en las segundas quincenas.

De igual manera señaló, que no se tuvo en cuenta que si bien es cierto la parte demandada sostiene que dio la orden de que se realizara el examen de egreso y que se entregara un puesto, no obra en el expediente ningún acta de entrega, puesto que no obra en el expediente que efectivamente se diera la orden de realizar un examen médico de egreso, porque realmente nunca se hizo; la intención siempre fue que continuara con su prestación del servicio y por eso mismo fue que se pagó el mes de marzo en su totalidad, le pagaron los \$6'000.000 que se le estaban pagando todos los meses que tenía ese garantizado de \$1'000.000 de pesos, de igual manera en el tema de la terminación o el lapso con el que supuestamente no tuvo ningún vínculo laboral, aun así fue remunerado entre un contrato y un segundo contrato, ese lapso no se tuvo en cuenta en el precedente jurisprudencial que dice que cuando un contrato y otro contrato hay una interrupción breve, esa interrupción tiene que considerarse como aparente o meramente formal, en sentencia CSJ SL-981 del 2019 donde se señala que se considera como interrupción breve aquellas inferiores a un mes como ocurre en el presente caso, adicionalmente le dio a la renuncia una fuerza que no tenía al tener en cuenta el material probatorio allegado porque se evidencia que la renuncia fue un mero requisito formal que buscaba tratar de blindar a la empresa para no tener en cuenta la antigüedad real del trabajador, que el empleador siempre quiso terminarle el contrato, vio la oportunidad de que el presentara una renuncia voluntaria para disminuir la antigüedad y para evitar el pago de una indemnización con el monto que era y como prueba de ello es que 9 meses después decidió terminar el contrato sin justa causa.

Enunció que no se tuvo en cuenta que el material probatorio denotaba que si pensaban retirarlo por bajo desempeño, como lo manifestaron tanto en la contestación como en los memorandos que pasaron antes del 28 de febrero del 2017, no tiene sentido que firmaran un contrato 8 días después sin haber siquiera pasado un mes, que le dieron además una bonificación que ellos llaman no prestacional de \$25'000.000 de pesos, porque según las reglas de la experiencia

si a un trabajador le van a terminar un contrato por bajo desempeño el empleado no lo contrata nuevamente en un tiempo tan corto y menos le va a dar una bonificación no salarial, tampoco se tuvo en cuenta el documento obrante en las pruebas aportadas con la demanda en la cual tiene firma de recibido 30 de marzo del 2017 y es un documento de metas que tenía con fecha del 31 de enero del 2017, es decir, estaba recibiendo un documento de una supuesta relación anterior, documento que no fue tachado, documento al que no se le hizo una previsión para restarle valor.

En cuanto a la solicitud de la declaración de los \$25'000.000 en su carácter salarial, explica que si era una única relación laboral, ese pago realmente buscaba retribuir el servicio que venía prestando desde el año 2012 que se trataba de comisiones que se le habían pagado a su equipo de trabajo pero no habían sido pagadas a él, fue un acuerdo al que se llegó con el señor Jorge Gaviria tal y como lo señalan en la contestación de la demanda, si bien en el contrato dice que toda bonificación va a tener un carácter no salarial, ese párrafo de esa cláusula no es concreta porque realmente se necesita que ese pacto de bonificación no salarial deba ser para cada caso en concreto y no una carta abierta al empleador para que cualquier bonificación sea tenida en cuenta como no salarial, por ese motivo la cláusula citada en el contrato no debe tenerse en cuenta y además no se aporta en el proceso ningún documento que muestre que esa bonificación realmente era unilateral por parte del empleador y se tiene que tener en cuenta lo que se mencionó en la demanda y en los alegatos de conclusión y es que es un monto que no es proporcional con el salario que realmente le está ingresando al patrimonio del trabajador y que estaba retribuyendo un servicio porque se trataba de montos de comisiones que habían sido pagados con anterioridad a su equipo de trabajo a quienes les dijeron en su momento que se le iban a pagar al señor Álvaro González pero que nunca le pagaron, siendo que aunque mencionan equipo de trabajo, remuneran individualmente al trabajador, por comisiones anteriores.

Adicionalmente, sostuvo que el juzgado omitió pronunciarse sobre la pretensión por \$75'000.000 relacionados con los gastos de transporte y su carácter salarial, omitiendo la mala fe del empleador al suscribir un nuevo contrato con el fin de disminuir la indemnización por despido injustificado, por no tener en cuenta el tiempo completo de prestación de servicio con el fin de disminuir la antigüedad y no tener una única relación laboral, en ese caso también se evidencia la mala fe del empleador.

En este sentido, se siguen las demás pretensiones, como la reliquidación de prestaciones, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria y demás.

IV.SEGUNDA INSTANCCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde determinar si entre las partes existió un único contrato de trabajo, si las bonificación y pago de \$25.000.000 en el año 2017 y

\$75.778.694 en el año 2015, son comisiones por la gestión adelantada, y si adeuda comisiones por la cesión del contrato No. 42 – 17 con CPE a UNIPLES.

V. CONSIDERACIONES

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia, artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social -CPTSS-. La apelación de la parte actora se concreta a la inconformidad relacionada con el hecho de que no se haya declarado la unidad contractual o la existencia de un único contrato de trabajo del 17 de octubre del 2012 hasta el 21 de diciembre de 2017.

Para resolver lo anterior, obra los siguientes contratos de trabajo a término indefinid (índice 08 ContestaciónUniples - Subcarpeta Parte1)

- Del 17 de octubre de 2012 hasta el 28 de febrero de 2017. (Pág. 2 a 4 ibid.)
- 08 de marzo de 2017 hasta el 21 de diciembre de 2017. (Pág. 8 a 13 ibid.)

El primer contrato terminó por renuncia del actor (Pdf. 6 ibid), documento al que no es dable restarle validez, como lo procura el apelante, toda vez que no quedo acreditado vicio alguno que conlleve a tal declaratoria, por el contrario, lo que denota, es la voluntad del accionante de darle fin al vinculo contractual, lo cual fue aceptado por la parte accionada, quien efectuó la liquidación (\$15.071.974), de las prestaciones sociales, vacaciones y comisiones, (pág. 7 ibidem), y se reafirma cuando posteriormente la demandada de acuerdo a la reclamación de reliquidación que solicita el actor el 17/12/2020, que no incluyó mención a la existencia de un solo contrato de trabajo, aunado la corrección de la liquidación del segundo contrato al 23 de abril de 2018, esto cuando ya se había terminado la relación laboral, fue suscrita por el demandante con indicación de paz y salvo para la demandada (al índice 03.Pruebas, pág. 177 y 179), donde se reconoce \$3.383.706 por concepto de reliquidación.

Ahora bien, se observa la suscripción de un nuevo vínculo laboral, entre el actor y Uniples S.A, fecha de inicio el 08 de marzo de 2017 hasta el 21 de diciembre de 2017, cargo desempeñado ejecutivo de valor, finalizó por decisión de la empleadora⁴, por lo cual se le canceló en liquidación definitiva de acreencias laborales e indemnización por despido sin justa causa⁵.

De esta manera y como quiera en cada contrato de trabajo, el demandante y después la demandada, fueron quienes decidieron dar fin a los contratos de trabajo a término indefinido, no se advierte nulidad o ilegalidad, o el ánimo de eludir la existencia de una sola vinculación laboral.

Aunado a lo anterior, pertinente resulta aclarar que, la certificación obrante a (índice 03, pag. 250), en donde se indica que la relación inicio el 17 de noviembre de 2012 al 21 de diciembre de 2017, lo cierto es que, pese a que

⁴ Índice 03 pruebas pag. 172

⁵ (Expediente digital índice 08 ContestaciónUniples - Subcarpeta Parte1 Pdf 16)

jurisprudencialmente se ha conceptualizado que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse como ciertos, paralelamente también se ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida y ello fue lo que aquí ocurrió, cuando el demandante ya sin estar vinculado a la sociedad, efectuó reclamación acuciosa por conceptos adeudados y suscribió de común acuerdo la reliquidación de estos, sin explicarse el motivo para que no reclamara por ejemplo la cuantía de la indemnización por despido sin justa causa por los extremos temporales que ahora se reclaman.

En la misma línea, debe indicarse, respecto a la remuneración del mes de marzo de 2017, el recurrente señala que no hubo solución de continuidad en el contrato, porque la accionada le pagó completo dicho mes, revisada la nómina para marzo de 2017 (índice 03 pág. 253 a 254), se tiene que la accionada canceló de acuerdo a los días trabajados por el actor; sin bien indica periodo liquidado 01 de marzo de 2017 al 15 de marzo de 2017, interregno de tiempo que se entiende es fecha de corte de la quincena de nómina, por manera que el actor inició un nuevo contrato el 08 de marzo de 2017, liquidada la quincena arroja a corte de 15 de marzo de 2017, esto es, ocho días, bajo salario básico mensual de \$5.000.000, valor día 166.666 a 8 días, arroja \$1.333.333, que es la cuantía que tiene tal ítem, empero el segundo contrato como cláusula adicional indicó valor garantizado de \$1.000.000 adicional mensual del 8 de marzo de 2017 al 30 de abril de 2017 (pág. 13 índice 08 - archivo Parte 1), conforme al comprobante de nómina se le pagó total \$2.999.997, que no es extraño a la interpretación que las partes realizaran de aquella estipulación, siendo deficitaria en un valor mínimo a un proporcional mensual, por aquella quincena que garantizada sería de \$3.000.000.

Todo lo anterior lleva a concluir la existencia de 2 contratos de trabajo entre las partes a término indefinido, no lográndose, acorde al artículo 167 del CGP y 61 del CPTSS, conforme valoración en conjunto de los medios de prueba, acreditar una sola relación laboral, tal como se solicita en la demanda. Conforme lo analizado hasta este punto, habrá de confirmarse la sentencia en este puntual aspecto.

Respecto al planteamiento de tener como factor salarial las bonificaciones de \$25.000.000, y \$75.778.694, se precisa que señor Álvaro González y Uniples S.A., suscribió contrato de trabajo, en donde de manera libre y voluntaria las partes establecieron en la cláusula segunda, párrafo segundo que las bonificaciones ocasionales no constituye factor salarial, así expresó:

“Parágrafo Segundo: las partes expresamente acuerdan que lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sea beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo, comunicaciones, alimentación, habitación o vestuario, bonificaciones o gratificaciones ocasionales o cualquier otra que reciba durante la vigencia del contrato en dinero o especie no constituye salario y por tanto no se tendrá en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni para el pago de aportes parafiscales...” (Índice 003. Pruebas. Pág. 207)

Por lo que al respecto debe tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 127 y 128 del CST, que establecen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad. (CSJ SL 1494-2022 - SL4342-2020).

Al respecto, en doctrina se ha precisado que la suscripción de este tipo de pactos no implica *per se* que las sumas otorgadas tengan un carácter no salarial, habida consideración que para establecer la naturaleza de las sumas recibidas por el trabajador, es necesario acudir a la causa que lo suscita, toda vez que éstas siempre serán constitutivas de salario cuando se determine que son pagadas como producto de la prestación del servicio. Al respecto, en Sentencia CSJ SL692-2021 se precisó:

“Anotado lo anterior, se tiene que el razonamiento del juez de apelaciones se acompasa con lo que en torno a los artículos 127 y 128 del CST, ha sostenido esta Corporación, en cuanto a que: i) todo lo que percibía el trabajador como contraprestación directa del servicio constituye salario y que ii) si bien las partes del contrato de trabajo tiene la facultad de restarle la naturaleza salarial a ciertos pagos que percibe el trabajador, dicha prerrogativa no puede ser usada para desconocer y desnaturalizar aquellos *«estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario»* (CSJ SL, 25 en. 2011, rad. 37037), que fue lo que a la postre evidenció el Tribunal había acontecido en el presente asunto.”

Al respecto el comprobante de pago de nómina “bonificación no prestacional”, del mes de marzo (índice 03 Pdf 252), fue cancelada al actor, bonificación, por la suma de \$25.000.000, por única vez, como se observa y los aceptaron las partes, sin poder relacionar a qué venta se pudo originar este valor como comisiones alegadas producto de una actividad personal del demandante. Respecto a la bonificación por concepto de servicio de transporte por \$75.778.694, si bien acepta la accionada que dicho pago, obedeció a una bonificación no constitutiva de salario y un reconocimiento especial porque una persona del equipo de trabajo del actor logró un negocio, esta también se pagó por única vez y así lo solicitó el actor, sin que se demostrara que correspondiera a una comisión ni tampoco por la prestación personal del servicio del demandante, cuenta de cobro del actor del 21/07/2015

que no tiene relación sobre comisiones, sino por transporte, el que supusiera el demandante tuviera derecho a ser compensado o anticipado por la demandada, dada la naturaleza de su cargo. Razones por las cuales se confirma la absolución a la demandada (08Contestaciondemanda- subcarpeta Parte 3. Pag 12).

Por otra parte, el pago alegado por comisiones que se reclama sobre la cesión del contrato 42-17 con CPE., que se explica en el hecho 24, así:

“24. De todo lo anteriormente mencionado se evidencia que, fue gracias a la diligencia y rápida concreción de la reunión del 14 de septiembre de 2017, por parte del señor Álvaro González, que PC SMART no tuvo ni siquiera la oportunidad de contactar a otros proponentes como COLSOF o UT SAVERA (quienes habían presentado propuestas de portátiles con ellos), y a pesar de la evidente gestión comercial, y la importancia de la misma para el negocio, la Gerencia Regional decidió no realizar el pago de las comisiones por la Cesión del contrato, adjudicándose todo el trabajo, esfuerzo, dedicación gestión comercial y tiempo invertidos en la concreción de la propuesta que desembocó en la cesión del contrato 42-17 con CPE.”

Sea precisar que la testimonial no permite inferir que las comisiones reclamadas correspondieran a una actividad personal del actor, en tanto la gestión del actor se aleja de haber conseguido la cesión de tal contrato, aunque recibió el primer contacto por PCSMART, empresa proveedora que lideró la cesión, los testigos que laboraron para aquella indican que esta empresa (PCSMART) había tenido la iniciativa en referenciar alguna otra que pudiera recibir el contrato y que al llamar a UNIPLESS, si bien el primer contacto fue el demandante, fueron direccionados a otra persona con la que se realizaron las negociaciones para la cesión contractual.

Al respecto el señor Guillermo Mauricio Martínez como testigo, refirió ser presidente de PCSMART SAS, que conoce el demandante, relatando que al notar que una unión temporal al que Computadores para Educar le había adjudicado un contrato, tenía problemas financieros, empezaron a tener contacto comercial con UNIPLESS, compañía en la que ya habían pensado que pudiera ejecutarlo, hicieron llamadas, tuvieron una reunión con Álvaro y después con el señor Héctor Espejo, que para las reuniones de cierre y negociación, que fue compleja, solo vio al señor Álvaro (demandante) una vez en la primera reunión, sin que esta ocasión se consolidara la negociación (min. 1:19:45).

En testimonio el señor Carlos Alberto Echavarría, quien enunció haber trabajado para PCSMART, refirió que conoce al demandante y que frente a la cesión del contrato de esta empresa a UNIPLESS, indicó el testigo que representando él a PCSMART, el demandante señor Álvaro González fue un primer punto de contacto por vía telefónica y que él los remitió con otras personas de UNIPLESS, entre estos el señor Héctor Espejo como gerente, precisó que PCSMART era proveedor de unos de los contratistas con Computadores para Educar, contratista que tenía problemas financieros, testigo que como gerente comercial de PCSMART, relata que se hicieron análisis de qué compañía podría asumir el contrato frente a Computadores para Educar, eligiendo entre otros a UNIPLESS, indicando que las conversaciones se hicieron con el dueño, porque el negocio era decisión de alto

riesgo y se trató a nivel de gerencia, no provenía de proceso comercial como licitación u oferta comercial (min.1:34:30 y sig.).

La ciudadana Sandra Patricia Lizarazo, quien labora para Computadores para Educar, indicó conocer al demandante, refirió recordar un contrato que se cedió a UNIPLESS donde PCSMART era proveedor de una Unión Temporal que obtuvo el contrato, no conoce de la gestión del demandante entre PCSMART y UNIPLESS, sí que el demandante iba seguido, se reunió con la directiva y para el trámite de las firmas se contactaron con Álvaro y después con el señor Espejo, hacia el 2018, en general el contacto era con Álvaro Espejo desde la legalización del contrato (min. 1:49:50 y sig.).

El señor Héctor Espejo indicó haber sido el jefe inmediato del demandante en UNIPLESS del señor Álvaro (demandante) quien laboró en dos periodos de 2012 a 2016 y del 2016 al 2017, conociendo la carta de renuncia que presentó, sin conocer los motivos, indicó conocer al señor Carlos Echavarría como vicepresidente comercial de PCSMART, sin que el señor Álvaro estuviera presente en las reuniones que específicamente trataron la cesión, indicando que fue PCSMART quien contactó a UNIPLESS (min. 2:02:00 y sig.)

De acuerdo con lo anterior, concluye la Sala que la reclamado como comisión, por tal cesión contractual, no se acreditó que correspondiera a una contraprestación personal del servicio prestado por el actor; pues del relato de los testimonios aquella negociación se lideró por PCSMART como proveedor de un contratista que cedió tal posición a UNIPLESS; siendo tramitada aquella a nivel de alta gerencia, de la cual no participaba el demandante, disímil a procesos de ofertas, órdenes de compra o licitaciones.

De lo anterior, y de conformidad con las reglas de la sana crítica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPTSS, de las documentales y declaraciones referidas, que reposan dentro del plenario, se evidencia que al demandante no se le adeuda emolumentos constitutivos de salario, como los referidos en la demanda y que por ello no se adeudan estos, ni las prestaciones sociales, liquidación de vacaciones, intereses a las cesantías, e incremento en la indemnización por despido sin justa causa. En virtud de lo expuesto, la sentencia de primer grado se confirmará. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por ALVARO ALFONSO GONZALEZ ROMERO contra

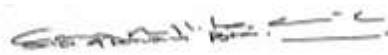
UNIPLES SAS, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Conforme lo expuesto, sobre la contestación de la demanda, informase a la Dirección de Impuestos Nacionales, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

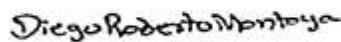
Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5513582d27c7648effe5d40f9b00a7bf2cfedc599bfa93e06c12d2e18c2ee4b7**

Documento generado en 31/05/2023 05:56:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-032-2021-00386-01

Demandante: MARTHA CECILIA CALDERON GUTIERREZ
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la accionada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el cinco (05) de abril de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora Martha Cecilia Calderón Gutiérrez, promovió demanda ordinaria con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento, y pago de la indemnización sustitutiva pensional de vejez, de acuerdo con lo señalado en la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a Colpensiones a efectuar el pago de la indemnización sustitutiva pensional de vejez, así como a la indexación de esta, lo que resulte probado ultra y extrapetita, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones en síntesis manifestó que laboró en diversas empresas de sector privado, cotizando al sistema pensional en el Instituto De Los Seguros Sociales hoy Colpensiones un total de 839.43 semanas. De igual manera, indicó que de forma alterna también laboró y cotizó en el Magisterio Oficial Colombiano, por lo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N° 6881 del 20 de septiembre de 2017.

Sin embargo, señaló que mediante derecho de petición el 19 de marzo de 2020, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la indemnización sustitutiva pensional por los aportes que realizó a pensión en las empresas del sector privado, petición que fue negada mediante la Resolución SUB 86072 del 01 de abril de 2020, por lo que interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación el 01 de septiembre de 2020 (1/09/2020), el cual fue resuelto indicando que se confirmaba en todas sus partes la resolución que negó lo pretendido¹.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante no tiene derecho al reconocimiento, de la indemnización sustitutiva, por ser incompatible con la pensión de jubilación que reconoció Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Propuso como excepciones «Inexistencia del derecho reclamado»; «Cobro de lo no debido»; «Buena fe de Colpensiones»; «Presunción de legalidad de los actos administrativos»; «No configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria»; «No configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno»; «Carencia de causa para demandar»; «Prescripción»; «Compensación»; «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (al índice 07).

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 05 de abril de 2022, resolvió:

“Primero: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora Martha Cecilia Calderón la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía \$33.335.806,25 la que deberá ser debidamente indexada conforme la parte motiva de esta providencia.

Segundo: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demanda.

Tercero: CONDENAR en costas a la parte demandada, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas [...].”

El Juez consideró que la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la accionante a través de la Resolución 6881 de 2017 y la indemnización sustitutiva reclamada no resultan incompatibles, pues así lo ha decantado el órgano de cierre. Agregó, la pensión a cargo del Magisterio en manera alguna se encuentra financiada por aportes o con los tiempos de servicio que la actora cotizó al entonces ISS debido a que estos dineros revisten la característica de aportes parafiscales, y no recursos del tesoro público al ser ello, así es diáfano que no se desconoce la prohibición constitucional contemplada en el artículo 128 de la Carta Política, pues no se está percibiendo una doble asignación, proveniente del tesoro público.

¹ «Exp Digt 01 - DEMANDA19082021_162037»

Señalo, que teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2001, de la cotización semanal promedio de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158/94 sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento y luego de efectuados los cálculos matemáticos el valor de la prestación aquí reconocida asciende a \$33'335.806,25 aclarándose que el salario base para liquidar se indexó al año 2020 fecha en que se causó. Finalmente declaro no probada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte accionada formuló recurso de apelación contra la anterior decisión, sustentando que la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Política, esto teniendo en cuenta que de conformidad con las premisas normativas la demandante adquirió sus status pensional el 03/01/2017 es decir fue con posterioridad a la Ley 4 de 1992 por esta razón es incompatible la indemnización de vejez que solicita con la prestación que actualmente disfruta por parte del Magisterio, Agregó que no le asiste este derecho toda vez que ya percibe una asignación que proviene del tesoro público y no es posible el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta determinar si existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por el magisterio con cualquier otro reconocimiento pensional de la Ley 100 de 1993, seguido de establecer si al accionante le asiste el derecho a la indemnización sustitutiva de vejez por aportes realizados como trabajador independiente en el ISS hoy COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico debe advertirse que se encuentra acreditado y no ha sido objeto de discusión por ninguna de las partes, que a la demandante le fue reconocida a través de la Resolución 6881 del 20 de septiembre del 2017 pensión de vitalicia de jubilación a partir del 04 de enero de 2017 en cuantía inicial de \$2.490.667, prestación que fue reconocida por parte de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en un 94.64% y el 5.36% restante a cargo del FONCEP (Ex Digt, al índice 01 pag. 41 a 47).

Tampoco ha sido objeto de controversia que la demandante cotizó al Instituto de Seguro Social desde el 02 de febrero de 1981 hasta el 31 de enero de 2010 con empleadores privados y así se refleja con el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES, actualizado a 19/03/2020².

² Archivo GRP-SCH-HL-2020_3785681-20200319024020 en índice 12- CC-51627736 Expediente administrativo

De conformidad con los anteriores hechos probados y con la finalidad de dilucidar el tema de la incompatibilidad entre la prestación solicitada y la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la demandante por parte del Magisterio, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral entre otras sentencia SL-2013, determinó que el pago de la pensión de jubilación oficial, en virtud del tiempo público prestado en calidad de docente, pues en esa condición se reconocen las prestaciones con cargo al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que se hubiese vedado ejercer otra actividad docente en educación privada, o como en el presente caso, haber acreditado tiempos distintos y anteriores con empleadores privados, por lo que la financiación de una y otra pensión son diferentes y en tal sentido no se puede evidenciar incompatibilidad, por ello que la fuente de pago resulte diametralmente distinta. Además, determinó que los dineros con que se financian las prestaciones en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, o sea los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, y por lo tanto su naturaleza no es pública. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL3775-2021, citando sentencia radicado 40848 de 2001, precisó:

“A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que solo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.”

Lo anterior en consonancia, al artículo 128 de la Constitución Política², no solo por permitirlo la norma citada (art. 31 Decreto 692 de 1994) por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiamente propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos han tenido un origen por aportes de empleador y trabajador y destinación definida, al tenor del artículo 38 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año.

Aunado que la demandante en la resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación, reporta haber servido como docente a establecimientos públicos desde el 24/05/1991 a la Secretaria de Educación del Distrito y por entidad de previsión el Fondo de Prestaciones del Magisterio desde el 08/02/1993 con un total por este en 8.606 días-. Sin incidencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que finalizó el régimen exceptuado para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se vinculen a partir de su vigencia, ya que en la misma sentencia CSJ SL3775-2021, se expresó:

“Vale decir, que el régimen exceptuado, tal y como venía funcionando, con las explicaciones ya dadas, se mantuvo para aquellos docentes que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, con atención, en todo caso, de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas generadas durante su vigencia, es decir, para el caso, dado que el demandante se afilió al ISS desde el 16 de mayo de 1984, ninguna incidencia tenía sobre su situación particular lo prescrito por el artículo 81 citado y se encontraba plenamente habilitado, en el ejercicio de la docencia particular, para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, de acceder a una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación de que disfruta en el sector público como docente.”

Por estas razones, lo planteado por COLPENSIONES, en la medida que no se presenta incompatibilidad entre lo reconocido en la Resolución 6881 del 20 de septiembre del 2017 y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aquí reclamada, acotando que la pensión de jubilación por tiempos como docente público y a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no se encuentra financiada con aportes o con los tiempos de servicios cotizados al entonces ISS por la demandante por empleadores privados obligados a realizar su afiliación entre el 02 de febrero de 1981 hasta el 31 de enero de 2010.

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los requisitos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, para lo cual es menester remitirnos a la normatividad vigente que regula la materia, esto es, al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal dispone:

“Artículo 37: Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, estableciendo en lo que acá interesa, que las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberán reconocer la indemnización sustitutiva:

“Artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, por el cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001: Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando; (...)”

En ese orden, la demandante nació el 03 de enero de 1962, tal como se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía (índice 01 pág. 59), cumpliendo los 57 años el mismo día y mes del 2019, calendas para las cuales contaba con 839.43 semanas de cotización, según el reporte expedido por Colpensiones actualizado al 09 de febrero del 2019 y que da cuenta que su último aporte lo fue para el febrero del 2010 en el cual se reporta la novedad de retiro (folios 56)³, por lo que a la data que elevó la solicitud de indemnización sustitutiva 19 de marzo de 2020 (al índice 01 pdf 13), ya cumplía con los dos primeros requisitos establecidos, siendo negado dicho reconocimiento mediante Resolución 86072 de 01 de abril de 2020.

El requisito de declarar la imposibilidad de seguir cotizando al sistema de pensiones, se entiende cumplido con la solicitud efectuada en la reclamación administrativa se halla a (pág. 13, 17 a 23 ibid.) y los mencionados actos administrativos. En ese orden, le asiste derecho a la actora del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto.

En lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 2° y 3° del Decreto 1730 de 2001 (comp. art. 2.2.4.5.2. y 2.2.4.5.3. Decreto 1833 de 2016), el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993. Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el día de su reclamo, pues pese a cumplir con los requisitos desde el 03 de enero de 2019 (edad de 57 años) solo dio a conocer su imposibilidad de continuar cotizando el 19 de marzo de 2020 (fl. 11), se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de \$26.120.743 cifra que por resultar inferior a la dispuesta por el juez de primer grado por tanto, habrá de ser modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1981	202	0,900	103,800	115,333	\$ 5.790,00	\$ 667.780,00	\$ 4.496.385,00
1982	48	1,140	103,800	91,053	\$ 7.314,38	\$ 665.993,00	\$ 1.065.589,00
1983	65	1,410	103,800	73,617	\$ 9.480,00	\$ 697.889,00	\$ 1.512.093,00
1987	205	2,880	103,800	36,042	\$ 21.420,00	\$ 772.013,00	\$ 5.275.422,00
1988	264	3,580	103,800	28,994	\$ 25.530,00	\$ 740.227,00	\$ 6.513.998,00
1989	282	4,580	103,800	22,664	\$ 41.040,00	\$ 930.121,00	\$ 8.743.137,00
1990	283	5,780	103,800	17,958	\$ 97.869,75	\$ 1.757.592,00	\$ 16.579.951,00
1991	88	7,650	103,800	13,569	\$ 70.962,27	\$ 962.861,00	\$ 2.824.392,00
1995	269	18,250	103,800	5,688	\$ 213.245,35	\$ 1.212.869,00	\$ 10.875.392,00
1997	300	26,520	103,800	3,914	\$ 469.000,00	\$ 1.835.679,00	\$ 18.356.790,00
1998	300	31,210	103,800	3,326	\$ 581.700,00	\$ 1.934.651,00	\$ 19.346.510,00
2000	300	39,790	103,800	2,609	\$ 559.680,00	\$ 1.460.035,00	\$ 14.600.350,00

³ Archivo GRP-SCH-HL-2020_3785681-20200319024020 en índice 12- CC-51627736 Expediente administrativo

2001	360	43,270	103,800	2,399	\$ 600.688,00	\$ 1.440.985,00	\$ 17.291.820,00	
2002	360	46,580	103,800	2,228	\$ 648.768,00	\$ 1.445.730,00	\$ 17.348.760,00	
2003	360	49,830	103,800	2,083	\$ 610.518,33	\$ 1.271.760,00	\$ 15.261.120,00	
2004	360	53,070	103,800	1,956	\$ 636.963,83	\$ 1.245.842,00	\$ 14.950.104,00	
2005	360	55,990	103,800	1,854	\$ 664.647,92	\$ 1.232.192,00	\$ 14.786.304,00	
2006	360	58,700	103,800	1,768	\$ 698.117,00	\$ 1.234.490,00	\$ 14.813.880,00	
2007	360	61,330	103,800	1,692	\$ 925.583,33	\$ 1.566.534,00	\$ 18.798.408,00	
2008	360	64,820	103,800	1,601	\$ 993.666,67	\$ 1.591.216,00	\$ 19.094.592,00	
2009	360	69,800	103,800	1,487	\$ 1.068.583,33	\$ 1.589.097,00	\$ 19.069.164,00	
2010	30	71,200	103,800	1,458	\$ 1.075.000,00	\$ 1.567.205,00	\$ 1.567.205,00	
Total días	5876	Total, devengado actualizado a				2020	\$ 263.171.366,0	
Semanas Cotizadas S.C.	839,43	Salario Base de la Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.				\$ 313.512,52		
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.				9,925%		
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a			2020	\$ 26.120.743,00		

En lo atinente a la indexación solicitada, esta institución persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

En consecuencia, es debido reconocer el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la indemnización sustitutiva reclamada a favor de la demandante y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, por lo que procede la indexación de la indemnización hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada a la accionante.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada, es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la indemnización sustitutiva, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Sobre el particular la sentencia CSJ SL5544-2019:

“Por tal razón, no puede considerarse que la referida indemnización tenga una condición distinta a la de un derecho pensional o sea opuesta a éste, como lo sugiere el censor, pues no se trata de un crédito laboral sujeto a las reglas trienales de prescripción, sino que, en el marco del sistema de seguridad social, corresponde a una garantía que ampara el riesgo de vejez ante la imposibilidad de acceder a la pensión, es decir, opera en su reemplazo o en subsidio de esta prestación. Así entonces, es a través de la indemnización sustitutiva que el afiliado que no logra pensionarse, puede mitigar la desprotección en materia de seguridad social que enfrenta ante la imposibilidad de obtener una prestación periódica que asegure su vejez.”

Por lo expuesto, y agotada la competencia de instancia, por el estudio de los aspectos materia de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta, procede la modificación del numeral primero de la sentencia apelada y consultada, en los términos antedichos, y la confirmación de lo demás. Sin costas en esta instancia.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

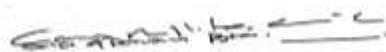
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá del cinco (05) de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARTHA CECILIA CALDERON GUTIERREZ en contra de COLPENSIONES, únicamente en lo que corresponde al valor de la indemnización sustitutiva la cual asciende a \$26.120.743, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

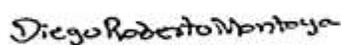
Notifíquese por edicto.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fb1659d57cf104b2a3587924a2f57c869233039d78c86f686d9e536837842fa9**

Documento generado en 31/05/2023 05:56:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 029 2021 00349 01

Demandante: MARTHA LIDA LOZANO SUAZA

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS

Obran con reconocimiento de personería adjetiva, por parte de Colpensiones la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C. C. 37.627.008 y T.P. 221228 del C.S. de la J.; por parte de Porvenir S.A., el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ identificado con C. C. 79.985.203 y T.P. 115.849 del C.S. de la J.; conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la accionada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de agosto de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a la misma entidad. (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Martha Lida Lozano Suaza llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a AFP Protección S.A., y a la AFP Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A, y sus posteriores traslados. En consecuencia, se ordene al traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público, así como los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses; así como se condene a Colpensiones a recibir a la demandante y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, al indicar que cotizó en el Instituto del Seguros Sociales desde el 23 de julio de 1987 al 31 de marzo de 2000, que se trasladó en abril de 2000 a la AFP Porvenir. Expuso que, para el traslado los asesores de Porvenir le informaron que el ISS desaparecería, que en el RAIS obtendría más rendimientos, que podría pensionarse en cualquier momento y no se le informó el derecho de retracto que le asistía, que posteriormente se trasladó a la AFP Protección, entidad que tampoco cumplió con el deber de información; igualmente, indicó que para abril de 2020 cotizó un total de 1.385 semanas. Por último, señaló que solicitó a las accionadas la nulidad de afiliación y la inclusión al RPMPD, sin embargo, que dichas solicitudes fueron resueltas de manera desfavorable (*Exp. Digital: «001PrimeraInstanciaC001» «001Demanda.pdf»*)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, a su consideración, la demandante realizó la elección del régimen de manera libre, espontánea y sin presiones; adicionalmente, que los más de 23 años que permaneció la actora en el RAIS subsanaron cualquier tipo de error al no presentar reclamación hasta el momento de la acción. Formuló como excepciones de mérito, entre otras las de «*prescripción y caducidad*», «*imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*»¹.

Por su parte, Porvenir S.A. señaló que la demandante estuvo afiliada desde el año 2000 hasta el 2013, quien retornó para conservar el estado de afiliación activa en la actualidad. Agregó que, el traslado fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente informada sobre sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarles sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 0248471, documento en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 114 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo, «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación*», «*compensación*» y la «*genérica*»².

Protección S.A. fundamentó su oposición frente a las pretensiones, argumentado que el acto jurídico de traslado a ese fondo fue existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en igual sentido, aseguró que la demandante ratificó su deseo de permanecer afiliada en el RAIS al hacer el traslado horizontal, y en igual sentido, afirmó que en este momento la parte actora se encuentra afiliada a Porvenir. Formuló excepciones de fondo contra las declaraciones requeridas, entre otras: «*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*», «*buena fe*», «*prescripción*», «*reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*», «*inexistencia de la obligación de devolver del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación*

¹ (Exp. Digital: «006ContestacionColpensiones20210917.pdf»)

² (Exp. Digital: «008ContestacionPorvenir.pdf»)

por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe» y «traslado de los aportes a otra Administradora»³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora MARTHA LIDA LOZANO SUAZA identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.909.483 a Porvenir S.A, solicitud elevada el 08 de marzo de 2008 con fecha de efectividad 01 de mayo de 2008, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA LIDA LOZANO SUAZA, por concepto de cotizaciones, rendimientos y descuentos para el fondo de garantía para pensión mínima para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones, rendimientos, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: Sin condenas en costas.

QUINTO: ABSOLVER a PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de las pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.” (Audio Min. 1:17:17)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, en el sentido que, frente a la declaratoria del traslado, se debe reintegrar los porcentajes correspondientes a

³(Exp. Digital: «009ContestacionProteccion.pdf»)

seguros previsionales y gastos de administración, el reintegro total de todos los recursos al RPMPD. (Al índice 20. Min: 1:19:48)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinara si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Martha Lida Lozano Suaza del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos: i) que la demandante nació el 19 de noviembre de 1967 (al índice 001 –pág. 94); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 23 de julio de 1987 (al índice 001- págs. 104 a 110), iii) el 08 de marzo de 2000 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir (al índice 008– pág. 78); así como que realizó traslado horizontal entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 14 de marzo de 2013 al fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (al índice 009- pág. 30) y v) el 1 de julio de 2017 retornó su afiliación a Protección S.A. (al índice 008 pág. 133).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 19/08/2021 (índice 002) tenía cumplidos 53 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones, Porvenir y Protección (índice 001, pdf. págs. 111 a 154) cuando ya había superado la edad de los 47 años, limite en su caso para solicitar el traslado de régimen y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

De esta forma la parte actora solicita la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información y de buen consejo, que indujo a efectuar el traslado.

El correspondiente análisis se realiza a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del

artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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 otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”.

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal Segundo y revocará la absolución indicada en el numeral Quinto de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Porvenir S.A y Protección S.A., además de la condena referida por la a quo, para que retornen a Colpensiones, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara por aseguramiento de la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretender la cobertura pensional. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito el veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora MARTHA LIDA LOZANO SUAZA y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A; para ordenar a PORVENIR S.A. que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique

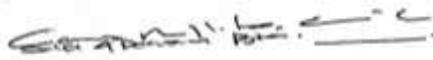
SEGUNDO: REVOCAR la absolución a PROTECCIÓN S.A. indicada en el numeral Quinto de la sentencia indicada, para en su lugar condenar a esta sociedad a trasladar a Colpensiones y en referencia a la demandante, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

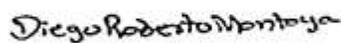
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bfce9fbe3b37d62b1ddc7d603f7643990999adab7dade95fc06714ffb3a22e15**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110 013105 033 2021 00529 01

Demandante: CARLOS GILBERTO PELÁEZ ARANGO

Demandada: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación presentado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador procede a dictar el siguiente:

Obra con personería adjetiva la Doctora Amanda Lucia Zamudio Vela, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.713.048 de Bogotá, con T.P No. 67612 del C.S. de la J, como apoderada sustituta de Colpensiones.

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá del diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2022). De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Carlos Gilberto Peláez Arango llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, para que se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad -RAIS- administrado por -Porvenir S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar la totalidad del dinero que se encuentra en la cuenta individual del afiliado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales, asimismo, a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el acto del traslado. Que, se ordene a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad al demandante y activar su afiliación y, por último, se condene al pago de las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, al indicar que el actor nació el 18 de julio de 1956; que cotizó 441 semanas al ISS; que el 01 de agosto de 2000 se trasladó a Porvenir S.A. Señaló que, dicha decisión no estuvo precedida de suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, como sobre el monto de la mesada pensional y la forma como se liquidaría, tampoco, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando faltaren menos de 10 años o menos para cumplir con la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Informó que, desde agosto hasta 2000 hasta el 30 de septiembre de 2020 cotizó 1011 semanas, por último, que el 04 de agosto de 2021 y el 10 de agosto de 2021, le solicitó a Porvenir y Colpensiones, respectivamente, el traslado de régimen. (Exp. Digital: «02Demanda»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A, se opuso a las pretensiones, refirió que el traslado de régimen pensional efectuado por a esa AFP es completamente válido, por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, bajo una asesoría oportuna, profesional, informada, refirió el artículo 30 del Decreto 663 de 1993 como norma que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento del traslado de régimen pensional, propuso excepciones de fondo contra lo pretendido, también la de *prescripción*¹.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que, a su consideración, el demandante realizó su traslado de conformidad con el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, es decir, en ejercicio al derecho su libre escogencia de régimen, prefiriendo al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin observarse algún vicio del consentimiento al traslado para agosto de 2000. Adicionalmente, que Colpensiones se encuentra imposibilitada para tener como afiliado al actor, al igual que recibir sus aportes teniendo en cuenta que excedió el término de diez (10) años dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Formuló excepciones de fondo contra las declaraciones, entre otras: *prescripción, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida*².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor CARLOS GILBERTO PELAEZ ARANGO identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.228.362 de Ibagué, Tolima, el 04 de agosto de 2000 a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que CARLOS GILBERTO PELAEZ ARANGO actualmente se encuentra afiliado (a) de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

¹ Exp. Digital: «04ContestacionPorvenir.pdf»

² Exp. Digital: «05ContestacionColpensiones.pdf».

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de CARLOS GILBERTO PELAEZ ARANGO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de CARLOS GILBERTO PELAEZ ARANGO, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPMPD administrado por COLPENSIONES, durante el tiempo en que estuvo afiliado o a dicho fondo.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. se fijan como agencias en derecho la suma de DOS (02) SMLMV”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, manifestando en síntesis que quedó demostrado dentro del proceso que el traslado fue realizado de conformidad con el deber de información y las formalidades exigidas por la ley para el momento en que se suscribió el formulario de afiliación, así como que no era obligación de la administradora constituir pruebas adicionales a los documentos suscritos y arrimados al proceso, sin que se valorara la documental aportada e interrogatorios. Época de traslado donde no tenía obligación adicional, adujo que, si bien se ordenó retornar los dineros propios al RAIS, la consecuencia lógica de volver las cosas a su estado inicial y recibir al demandante sin solución de continuidad, es que esos dineros nunca se hubiesen generado al actor como los rendimientos financieros, como se indicó por la Sala Civil de la CSJ estos rendimientos son propios del RAIS, que los descuentos están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; en consonancia, manifestó que en virtud de la relación contractual entre el afiliado y la administradora, esta debe adquirir un seguro previsional con una aseguradora, sumas que no están en su poder, condena que afecta su patrimonio, limitada esta solo a las restituciones mutuas (Min. 1:55:14)

Colpensiones, en sustento del recurso de apelación, adujo que declarar el traslado del demandante al RPMPD es una violación al mandato que prohíbe el traslado faltando menos de 10 años para la edad de pensión, de igual forma el afiliado estuvo más de 20 años en el RAIS ratificando su traslado, y saneando cualquier vicio que pudo presentarse. Puntualizó que la declaración de ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera (Min. 1:59:38).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado

realizado por Carlos Gilberto Peláez Arango del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 18 de julio de 1956 (pág. 11, índice 02); ii) se afilió al ISS desde enero de 1976 (pág. 22 al índice 02); iii) el 04 de agosto de 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir (pág. 51 al índice 04).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda 25/10/2021 (al índice 01) tenía cumplidos 65 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir y Colpensiones (págs. 14 y 18, al índice 02) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepciones prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, que comprende aquella alegación por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como

el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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 otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras.

También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero y quinto de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Porvenir S.A. que se retorne a Colpensiones los gastos de administración y comisiones, el bono pensiona si existe, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer

grado, en el ordinal tercero y quinto se confirmará en lo demás. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

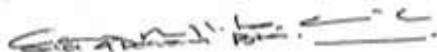
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal Tercero y Quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante el señor CARLOS GILBERTO PELÁEZ ARANGO y demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; para ordenar a PORVENIR S.A que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

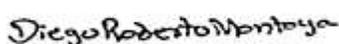
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9f00d65094243398d18a46c48ff198053b7f77e0dfdf7f80cdf5faba6800a**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-015-2021-00418-01

Demandante: MAURICIO JARAMILLO MARTÍNEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Obran con reconocimiento de personería adjetiva, por parte de Colpensiones la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C. C. 37.627.008 y T.P. 221228 del C.S. de la J.; por parte de Porvenir S.A., el doctor DANIEL FELIPE RAMÍREZ SANCHEZ identificado con C. C. 1.070.018.966 y T.P. 373.906 del C.S. de la J.; conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá del 30 de junio de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS)

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Mauricio Jaramillo Martínez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S..A, para que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al RPMPD.

De igual manera, solicitó se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el pago de las mesadas ordinarias y extraordinarias desde la fecha del cumplimiento de los requisitos legales para causar la prestación, debidamente indexadas.

Fundamentó sus pretensiones al indicar en síntesis que, nació el 22 de marzo de 1957 y que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el inicio de su vida laboral hasta el 26 de diciembre de 2005. Señaló que en esta última fecha, ante una campaña de desinformación de las AFP, firmó un formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con destino a Porvenir S.A., momento para el cual el asesor comercial de la administradora no le explicó la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPMPD. Agregó que en el formulario de solicitud de vinculación o traslado a Porvenir no existe constancia alguna de la que se pueda inferir que le fue suministrada información pertinente y completa, además, que el mismo no prueba la decisión que estaba tomando se ajustaba a los parámetros de la libertad informada. (Exp. Digital: «01EscritoDemanda.pdf» págs.8 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, aceptó el relativo a la fecha de nacimiento del demandante, no aceptó e indicó no constarle los demás. Expuso que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Porvenir, además que nunca ha estado afiliado al RPMPD. Formuló como excepción de fondo las de: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe*¹.

A su turno, Porvenir se opuso a las pretensiones de la demanda y, frente a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento y estado de afiliación del actor. Sostuvo que el traslado a Porvenir es válido, dado que se le informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado; específicamente, en cuanto a la omisión de la información, aclaró que esta no se presentó, toda vez que al actor se le manifestó que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, compuesto por los aportes obligatorios y voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permitiera obtener una mesada pensional superior al 110% del SMLMV. Formuló como excepciones de fondo, las de: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Exp. Digital: «15EscritoContestacionColpensiones»

² Exp. Digital: «18ContestacionDemandaPorvenir.pdf».

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por el señor MAURICIO JARAMILLO MARTÍNEZ del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Porvenir el día 26 de diciembre del año 2005 y, como consecuencia a lo anterior, ORDENAR a dicho fondo Porvenir traslade los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante correspondientes a aportes y rendimientos a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a esta que reciba estos recursos, reactive la afiliación que en alguna ocasión tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, como consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la parte demandada Colpensiones, de las demás pretensiones invocadas en la acción, específicamente en lo relacionado con el reconocimiento de la pensión de vejez y en estos términos declarar demostradas las pretensiones de inexistencia de la obligación y de cobro de lo no debido.

TERCERO:NO CONDENAR EN COSTAS, a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones entonces se remitirá las diligencias al superior si no fuera apelada para efectos de que la revise el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en el Grado Jurisdiccional de Consulta.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, a través de su apoderada judicial, interpuso recurso de apelación parcial con respecto al no traslado de la totalidad de la cotización, manifestó que la declaratoria de ineficacia retrotrae las cosas al estado en que se encontrarían si no hubiese existido el acto que ahora con la sentencia se declara ineficaz, a través de restituciones mutuas que deben hacer los contratantes y que debe decretar el juez, cuando decreta y declara la ineficacia del traslado. Que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorros, cuentas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales y gastos de administración, en otros términos, que la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión al negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produjo efectos entre ellos y el vínculo que sostuvo, lo rompió la sentencia que declaró la ineficacia y por tanto el restablecimiento debe ser pleno y completo. (min. 1:25:50).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Mauricio Jaramillo Martínez del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 22 de marzo de 1957 (índice 01. pág. 23), ii) cotizó en entidades públicas de manera interrumpida entre el 20 de julio de 1994 y el 30 de enero de 2006, teniendo como empleador al Senado de la República (págs. 28 a 51 índice 18), iii) que el 26 de diciembre de 2005 suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir, con efectos a partir del 1 de febrero de 2006 (págs. 52 y 53 *ibídem*) y iv) que el traslado de régimen se efectuó desde Colpensiones a Porvenir S.A. (pág. 53 y 64).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 25/08/21 (al índice 04) tenía cumplidos 64 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (pág. 29, índice 01) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria, que deviene en efectos de ineficacia, del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

El correspondiente análisis, como teoría al caso y en relación al recurso de apelación y grado jurisdicción de consulta, se resuelve a partir de los criterios fijados en sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse

desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación

jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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 otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

Razones que permiten concluir que argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal primero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Porvenir S.A. que retorne a Colpensiones el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el ordinal primero y se confirmará en lo demás. Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá del treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante MAURICIO JARAMILLO MARTÍNEZ y demandadas POVENIR S.A. y COLPENSIONES; para ordenar a Porvenir S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán

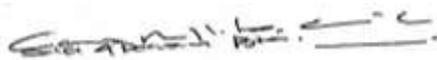
aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7982b5eff79cbd80a091dda1ba1f022b3b5fccb1b5c79ad55c2ffaba4fde28ee**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-027-2020-00175-01

Demandante: MARTHA FLORIPES VASQUEZ PACHECO
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A, COLFONDOS
S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN
S.A.

Obran con reconocimiento de personería adjetiva, por parte de Colpensiones el doctor JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE, identificado con C. C. 1.018.435.921 DE BOGOTÁ y T.P. 277810 del C. S. de la J.; por parte de Porvenir S.A. el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ identificado con C. C. 79.985.203 y T.P. 115.849 del C. S. de la J.; conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá del 26 de septiembre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Martha Floripes Vásquez Pacheco llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Colfondos S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Colfondos trasladar a Colpensiones

los aportes realizados en el RAIS, así como ordenar a Colpensiones contabilizar, a efectos de pensión, las semanas cotizadas, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 11 de febrero de 1962 y tiene 57 años de edad; que desde el 16 de enero de 1986 se afilió al sistema general de pensiones cotizó con el empleador Hoteles Estelares de Colombia al ISS hoy Colpensiones; que para agosto de 1996, se afilió al régimen de ahorro individual a través de Davivir, después Horizonte - hoy Porvenir, pues los asesores visitaban las instalaciones de la empresa para obtener nuevas afiliaciones. Señaló que, para el momento del traslado no fue asesorada o informada por la AFP de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, los beneficios, ventajas, inconvenientes y en general todas las implicaciones sobre sus derechos pensionales. Añadió que, para octubre de 1998, se afilió a Protección y en el mes de septiembre de 2010 a Colfondos, que para la fecha de la radicación de la demanda tiene 1444 semanas y su mesada pensional en Colpensiones para el 2019 sería de \$1.756.137 y en el RAIS por \$828.117. Por último, informó que el 03, 04 y 07 de febrero de 2020 solicitó ante Colpensiones, Colfondos y Porvenir la nulidad o ineficacia del traslado, peticiones que fueron negadas¹.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección S.A, solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que la decisión se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha. Propuso como excepciones de mérito, entre otras: prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe².

Por su parte Colpensiones, se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro del expediente no obra material probatorio que demuestre la prosperidad de la argumentación planteada. Formuló excepciones de fondo contra las declaraciones requeridas, entre otras: prescripción, descapitalización del sistema pensional, saneamiento de la nulidad allegada³.

Colfondos S.A, no se opuso a las pretensiones. Argumentó que si bien la afiliación es completamente válida, en caso de que se condene al traslado de los aportes no tendrá oposición, siempre y cuando no se le atribuya ningún tipo de responsabilidad, como el pago de las costas. Asimismo, manifestó que dentro

¹ Exp. Digital «01Demanda»

² Exp. Digital «09ContestacionProteccion»

³ Exp. Digital: «10ContestacioColpensiones»

de la cuenta de ahorro individual no existen conceptos de bonos pensionales, por lo que solicitó no se condene a la devolución de dineros inexistentes. Propuso como excepciones de mérito: buena fe, compensación y pago⁴

Por medio del auto del 08 de marzo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir, la a quo indicó que se acusó recibido el 02 de junio de 2021, por medio de la empresa de correo @-ENTREGA de la comunicación remitida por correo electrónico⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARTHA FLORIPES VASQUEZ PACHECO régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. efectuado el 28 de julio de 1996 y los que posteriormente efectuó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. el 30 de julio de 1998 y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS el 30 de julio de 2010, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA FLORIPES VASQUEZ PACHECO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esas Administradoras, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora MARTHA FLORIPES VASQUEZ PACHECO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las sumas provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

⁴ Exp. Digital: «11ContestacionColfondos»

⁵ Exp. Digital: «14AutoTienePorContestadaYFijafecha»

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, formuladas por COLPENSIONES, las de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y ratificación de pertenecer la RAIS al firmar el formato de afiliación con varias AFP de acuerdo a la SL 3752, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, formuladas por PROTECCIÓN S.A. y las de buena fe y compensación y pago formuladas por COLFONDOS S.A. conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS y PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$800.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante⁶.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos S.A interpuso recurso de apelación, argumentó que el numeral segundo en lo relacionado al bono pensional, toda vez que en la cuenta de ahorro individual de la demandante no existe bono pensional para devolver, aunado a que, Colfondos no es la entidad encargada de tramitar o con acceso a dicho concepto. Por ello, solicitó que se modifique el numeral segundo indicando, en específico, que debe devolverse el bono pensional siempre y cuando haga parte de la cuenta de la demandante (índice 28 Min. 55:55)

Colpensiones sustentó recurso de apelación, se manifestó que de conformidad con el artículo 167 del CGP y 1516 del Código Civil, corresponde a la parte que alega el vicio de consentimiento probar los supuestos de hecho que soportan la demanda, que tal y como lo ha decantado el Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2015 002190 01 del 10/10/2017 y 07 2015 0822 01 del 25/10/2014, en donde se reiteró que no basta con la simple afirmación para declarar la falta de información. Agregó que, la ley definió expresamente las consecuencias del traslado de régimen pensional por lo que cualquier error interpretativo de la norma constituye un error de derecho, que no tiene alcance a viciar el consentimiento, según lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, menos aún cuando la demandante efectuó traslados sucesivos al RAIS, en diferentes fondos de pensiones. Añadió que desde el acto de afiliación han pasado más de 21 años a la fecha siendo imposible demostrar las situaciones que rodearon la

⁶ Exp. Digital: «28AudienciaArt80»

suscripción del acto, aunado a que para la fecha no era obligatorio dejar un rastro documental por lo que es aplicable el principio “*nadie está obligado a lo imposible*”, aunado la inconformidad sobre cualquier condena en costas (Al índice 28 Min. 57:36).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Martha Floripes Vásquez Pacheco del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 11 de febrero de 1962 (al índice 2 pdf, 7); ii) se afilió a Colpensiones el 16 de enero de 1986 (al índice 10 pdf, 460); iii) el 28 de julio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Colpatria, luego Horizonte y hoy Porvenir (al índice 2 pdf 1); iv) el 30 de julio de 1998 se trasladó a Protección S.A (al índice 9 pdf, 31); v) el 30 de julio de 2010 se trasladó a Colfondos S.A (al índice 2 pdf, 6).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 18/05/2021 (índice 02) tenía cumplidos 59 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones el 20/04/2021 (índice 10, pdf 66) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en su caso para solicitar el traslado de régimen y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- (índice 10 pág. 460), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, bajo una alegación que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo el traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los

regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993,

genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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 otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutivo de la sentencia apelada, no obstante, no se mencionó que el bono pensional únicamente deberá ser trasladado si existiese, se comprende si eventualmente se reflejara en la respectiva cuenta en el RAIS de la persona afiliada, y que los conceptos por el porcentaje de gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexados, aunado disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, por tanto la sentencia recurrida y consultada se adicionará en este sentido.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las motivaciones que preceden, se adicionara la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia; las de primera se confirman.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora MARTHA FLORIPES VASQUEZ PACHECO y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal Segundo y Tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A., PORVENIR

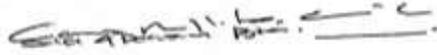
S.A. y PROTECCION S.A., que además de lo indicado en la sentencia mencionada, retornen a COLPENSIONES el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

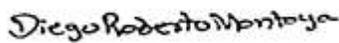
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3a0bf5891d26689d0780b4584beb77e585c57325230246f2cfacd3f026ef4e3d**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 002 2018 00562 01

Demandante: FLAVIO ANÍBAL LÓPEZ LÓPEZ

Demandado: EDIFICIO ROMERO

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá el diecinueve (19) de agosto de 2021.

I. ANTECEDENTES

Flavio Aníbal López López llamó a juicio al Edificio Romero, para que previo los trámites legales, se declarara que existió una relación laboral entre las partes, vigente a la fecha de radicación de la demanda, la cual inició en el año 2000. En consecuencia, se condene a pagar los aportes a pensión, salud, ARL, que no han sido cancelados por la no afiliación al sistema de seguridad social, por el término de la relación laboral; igualmente se ordene el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, junto con las horas extras diurnas, dominicales, recargos nocturnos, sanción por no consignación de las cesantías y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que el 23 de marzo de 2000, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido en el Edificio Romero, el salario pactado fue el mínimo legal vigente para ese año; que las funciones era prestar el servicio de portería y vigilancia, las cuales cumplía en jornadas de 24 horas continuas. Aseguró que durante la relación laboral nunca fue afiliado al sistema de seguridad social integral, no se consignaron las cesantías, intereses a las cesantías, ni la prima de servicios; indicó que, nunca disfrutó vacaciones, ni le fueron compensadas en dinero; adicionalmente manifestó que las horas extras, dominicales y recargos nocturnos jamás fueron reconocidos por el empleador. Finalmente señaló que, el accionado no posee certificado de

representación legal, según informa la Alcaldía Local de Chapinero. (Exp. Digital. Al índice 01. Pág. Pdf. 2 - 467)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL Edificio Romero, por intermedio de curador *ad litem* presentó escrito de contestación de la demanda, en donde propuso excepción por falta de legitimidad en la causa por pasiva, bajo el entendido que el demandado EDIFICIO ROMERO no se encuentra inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la localidad de Chapinero, en donde se encuentra ubicado, y en consecuencia, no ha constituido la persona jurídica que le otorgue capacidad para actuar como parte dentro de un proceso judicial. (al índice 01. Expediente Digital. Pdf. Pág 489- 494)

El 01 de marzo de 2021, se llevó a cabo audiencia consagra en el artículo 77 del CPTS, mediante la cual la juez de primera instancia, en la etapa de resolución de excepción previas, al encontrar que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, tiene carácter de fondo; indicó se resolvería en la sentencia que ponga fin al proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá la TERMINACIÓN del presente proceso y se ordenará su archivo”

TERCERO: CONDENAR en costas al parte accionante derecho de las que se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma de cien mil (\$100.000) pesos.

CUARTO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.”

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que a partir de la Ley 16 de 1985 la propiedad horizontal, de acuerdo con el artículo 1°, se definió como una forma de dominio que hace objeto de propiedad exclusiva determinadas partes de un inmueble, en cambio, las áreas de este inmueble destinadas al uso común serán de dominio de la persona jurídica que nacía conforme con las disposiciones de esa ley. En consecuencia, un inmueble únicamente quedaba sometido al régimen cuando cumplían los requisitos dispuestos en el artículo 11, esto es, que el reglamento de copropiedad sea elevado a escritura pública y la posterior inscripción a la correspondiente Oficina de Instrumentos Públicos, sin embargo, la aplicabilidad de esta norma quedaba a la expresa voluntad de los propietarios.

No obstante, con la expedición de la Ley 675 de 2001, obligatoriamente impulsó a los propietarios de las unidades privadas a conformar y transferir sus derechos y

obligaciones a la persona jurídica que se constituye con los mismos requisitos que la legislación anterior. De ahí que, para la presentación de esta acción debía acompañarse prueba de la escritura pública contentiva del reglamento de propiedad horizontal que permitiera demostrar la existencia de la persona jurídica a la que se demanda, y por ende, al no cumplirse este requisito, no se acreditó que la demandada tenga capacidad para ser parte y mucho menos para comparecer al proceso a través de un representante legal. En consecuencia, se declaró probado el medio exceptivo propuesto por la accionada. (Al índice 08. Art 80 FALLO «Min.16:00-17:00», la audiencia continua en el archivo al índice «09. Art 80 FALLO»)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia argumentando, indicó que si fue contratado por una persona jurídica, sin que la obligación del ente jurídico de registrarse ante la Alcaldía correspondiente se le traslade al demandante, en presente asunto no se debe aplicar Ley 675 de 2001, pues el señor Flavio Aníbal López López fue contratado por el Edificio Romero para prestar su servicio personal en el año 2000, es decir antes de su expedición, y que el demandando se encontraba cobijado por la normatividad vigente para esa fecha, esto es, la Ley 182 de 1948, Ley 16 de 1985, momento en el cual no le era obligatorio constituirse como persona jurídica, por tanto los propietarios del edificio decidieron contratar al Señor López López como personas naturales, pues no tenía la obligación de constituirse como persona jurídica. Añadió que no está en poder del demandante desarrollar la responsabilidad que le corresponde al extremo pasivo de cumplir con las obligaciones que le impone la ley, por tanto corresponder acoger todas las solicitudes de la demanda. (Exp. Digital. Al índice «09. Art 80 FALLO» «Min 8:09»)

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, determinar si se configuró falta de legitimación en la causa por pasiva, superado lo anterior analizará la existencia o no de una relación contractual de orden laboral entre las partes y de ser procedente si le asiste derecho al demandante al pago de las acreencias laborales e indemnizaciones solicitadas en el escrito de demanda.

V. CONSIDERACIONES

Procede esta Corporación, en virtud del principio de consonancia, a centrar su estudio en el problema jurídico planteado en relación con la discusión de la existencia de la relación laboral, no sin antes dilucidar si se cumplen los presupuestos de la legitimación en la causa por pasiva.

En lo que respecta a la legitimación en la causa, esta *“consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, por lo que concierne con el derecho sustancial y no al procesal, conforme lo tiene decantado*

la jurisprudencia (CSJ SC4468-2014, citando sent. 24 de julio de 2012, exp. 1998-21524-01). En ese orden de ideas, la legitimación en la causa por pasiva supone la verificación de que quien es demandado tenga la titularidad para defender el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas, sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial. En consecuencia, la legitimación en la causa se identifica con la titularidad de la persona que por activa o pasiva es la llamada a discutir el derecho sustancial en el proceso y por tal razón, su decisión debe materializarse en la sentencia que pone fin a la instancia.

Descendiendo al caso, el recurrente en la alzada manifestó, que para el año 2000 cuando prestó los servicios personales el señor Flavio López para el Edificio Romero, estaba vigente la Ley 182 de 1848, Ley 16 de 1985, normas que no exigían la constitución de la accionada como persona jurídica, por tanto, los propietarios de la propiedad accionada contrataron de forma verbal como personas naturales, los servicios del accionante; en consecuencia, en su sentir no debió aplicar la Ley 675 de 2001. Contrario a dicha manifestación el curador *ad litem*, formuló, como medio de defensa la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva en tanto, el tanto el Edificio Romero carece de capacidad para ser sujeto procesal.

Conforme lo anterior, se advierte que la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SC2215-2021, trató la diferencia entre la excepción de incapacidad para ser sujeto procesal y la falta de legitimación en la causa, en los siguientes términos:

«4.1 La capacidad para ser parte está ligada a la capacidad jurídica, o sea, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, supeditada a la necesaria existencia, que permite intervenir en el juicio como convocante o convocado y, que de acuerdo con el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, se reconoce a las personas naturales y jurídicas.

(...)

Siendo entonces la capacidad para ser parte un presupuesto procesal, estarán llamados los enjuiciadores desde la presentación misma del libelo inicial a verificar su concurrencia, constatando que con ésta se allegue -de ser necesario- la evidencia de la existencia y representación legal de las partes y de la calidad en que intervendrán, tratándose de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea, así como también podrá hacerlo en el curso del proceso hasta antes de dirimir la instancia, a fin de evitar fallos inhibitorios.

4.2 La legitimación en causa, por su parte, hace referencia a la necesidad de que entre la persona que convoca o es convocada al pleito y el derecho invocado exista un vínculo que legitime esa intervención, de suerte que el veredicto que se adopte les resulte vinculante. Ha sido insistente esta Corporación al calificarlo como un presupuesto de la acción, cuya ausencia impide aproximarse al fondo de la contienda, trayendo aparejado la desestimación de lo pedido.

Esa legitimación la deben ostentar tanto la parte demandante (activa) que le permita accionar, como la demandada (pasiva) para enfrentar los reclamos, pudiendo ser

cuestionada mediante la interposición de la correspondiente excepción previa, e incluso de oficio y que de hallarse probada podrá ser declarada mediante sentencia anticipada en cualquier estado del proceso.

Ahora frente a la capacidad para ser parte en un proceso judicial la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL676-2021, explicó:

“Es oportuno destacar que la capacidad para ser parte difiere de la capacidad para comparecer al proceso. La primera se refiere a los sujetos que tienen personalidad jurídica y con vocación legítima para adquirir derechos y obligaciones, y si bien se presume para todas las personas humanas, debe acreditarse cuando se trata de otro tipo de actores. En términos de un proceso judicial, es la facultad que una persona o ente tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas.”

En este orden, en lo que respecta a la personería jurídica del extremo pasivo, la Ley 675 de 2001, reguló el derecho de dominio sobre los bienes privados y la copropiedad sobre los bienes comunes, para ello, instó a la creación de personas jurídicas independientes de los copropietarios para permitir la correcta y eficaz administración, con el propósito de obtener contraprestaciones económicas que se destinen al pago de expensas comunes del edificio o conjunto y que, además facilite la existencia de la propiedad horizontal, su estabilidad, funcionamiento, conservación, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular. Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No. 38887 del 24 de mayo de 2011, señaló:

“[...] precisamente el legislador con la expedición de la Ley 675 de 2001 pretendió la regularización de los edificios, conjuntos residenciales y demás unidades de vivienda social con miras a la regularización de aquellos entes, otorgándoseles la capacidad de ejercer derecho y contraer obligaciones de múltiples situaciones legales, que con anterioridad a la expedición de la ley resultaban casi inverosímiles. Desde aquel entonces, los bienes sometidos a la ley de propiedad horizontal tienen por objeto velar por la convivencia pacífica y la solidaridad social, a través de las autoridades administrativas creadas por la ley y regladas en cada caso concreto por los reglamentos de propiedad horizontal, pignorando cualquier responsabilidad de los copropietarios de cara a las actuaciones del ente administrador y quedando sometidos solamente a sus responsabilidades como propietarios frente a la unidad residencial, como el pago de cuotas ordinarias, nombramientos de autoridades internas, convivencia, etc.”, reflexiones de orden jurídico que, dada la vía escogida para el ataque y en la forma como se delimitó este, están por fuera de controversia en el presente cargo”.

En cuanto a la regulación de la propiedad horizontal, en lo concerniente a la personería jurídica del Edificio Romero, entidad demandada en la presente litis, y su representación legal, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2345-2020, preciso:

“(...) antes de la Ley 675 de 2001, los edificios constituidos en propiedad horizontal, podían estar regulados por la Ley 182 de 1948 o por la Ley 16 de 1985. La Ley 16 de 1985 dotó a la copropiedad de personería jurídica. Las disposiciones de la Ley 182 de 1948 sobre los «bienes comunes» continuaron vigentes en la Ley 16 de 1985,

pero esta última transfirió los derechos y obligaciones que tenían los propietarios de unidades privadas sobre ellos a la persona jurídica que se formó en los inmuebles sometidos a la Ley 16 con la denominación de «bienes de uso o servicio común», pues ya no eran comunes, sino que eran parte del patrimonio de la persona jurídica nacida con la propiedad horizontal regulada por la Ley 16. (Art. 7)

Además, de forma coherente, la Ley 16 de 1985 dispuso expresamente:

Artículo 5º.- Registro y certificación sobre existencia y representación legal. El registro y posterior certificación sobre existencia y representación legal de las personas jurídicas a que alude esta Ley, para todos los efectos, corresponde al funcionario o entidad que señale el Gobierno, previa comprobación de que la escritura de protocolización del reglamento y de la declaración municipal se (sic) halla debidamente registrada en la correspondiente oficina.

En resumen, las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985 dispusieron que, mediante una declaración constitutiva de voluntad, siempre que las condiciones constructivas lo permitieran, un solo inmueble podía entenderse separado en unidades independientes, para que cada propietario pudiera ser considerado «(...) dueño exclusivo de su piso o departamento» y «comunero en los bienes afectados al uso común», artículo 2 de la Ley 182 de 1948, o tener acceso a las áreas del inmueble destinadas al uso o servicio común de todos o parte de los propietarios sujetas al dominio de la persona jurídica que nace conforme con las disposiciones de la Ley 16 de 1985 (artículo 1).

Posteriormente, con la expedición del régimen de propiedad horizontal contenido en la Ley 675 de 2001, los regímenes de las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985 fueron derogados.

(...)

En el artículo 4, se clarificó que un edificio o conjunto se somete al régimen de propiedad horizontal mediante escritura pública registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Con tal inscripción, surge la persona jurídica a que se refiere esa ley.”

Conforme a la jurisprudencia, para identificar al ente o persona demandada como acreedor, la demanda debe estar dirigida contra la propiedad horizontal correspondiente, en vigencia de la Ley 182 de 1948 y Ley 16 de 1985, si esta se dotara de personería jurídica, sin perjuicio de la vinculación de propietarios en el referido inmueble que no adoptaran su propiedad y convivencia a la nueva reglamentación.

Ahora bien, Resalta la Sala que, la Ley 675 de 2001 entró a regir a partir de su publicación 04 de agosto de 2001 y en su artículo 86 se dispuso:

Régimen de transición. Los edificios y conjuntos sometidos a los regímenes consagrados en las Leyes 182 de 1948, 16 de 1985 y 428 de 1998, se regirán por las disposiciones de la presente ley, a partir de la fecha de su vigencia y tendrán un término de un (1) año para modificar, en lo pertinente, sus reglamentos internos, prorrogables por seis (6) meses más, según lo determine el Gobierno Nacional. Transcurrido el término previsto en el inciso anterior, sin que se hubiesen llevado a cabo las modificaciones señaladas, se entenderán incorporadas las disposiciones

de la presente ley a los reglamentos internos y las decisiones que se tomen en contrario serán ineficaces. PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los procesos judiciales o arbitrales en curso a la fecha de expedición de esta ley o que se inicien con posterioridad a ella dentro del plazo legal establecido en el inciso primero de este artículo sin que se haya realizado el procedimiento voluntario de adaptación y que tengan que ver con la aplicación de los reglamentos de propiedad horizontal existentes y las Leyes 182 de 1948, 16 de 1985, 428 de 1998 y sus decretos reglamentarios, se seguirán tramitando con arreglo a estas normas hasta su culminación.

Dentro de ese contexto para la presentación de la demanda que hoy es materia de estudio debía aportarse la escritura pública contentiva de reglamento de propiedad horizontal que permita demostrar la existencia de la personería jurídica a la que se demanda, pero bien podía tratarse de una edificación anterior a la regulación sobre propiedad horizontal sin gestión de sus propietarios para adaptarla a la nueva reglamentación.

Para el caso concreto advierte la sala, que la demanda se dirige contra “EDIFICIO ROMERO” conforme con la respuesta brindada por la Alcaldía Local de Chapinero «Folio 36 al índice 01.» allegada por el demandante, el aquí demandado no cuenta con escritura pública registrada, al ser ello así se resalta que si a propiedad horizontal se refiere no es una persona jurídica ni autónoma a sus propietarios o por lo menos estos no han realizado la correspondiente adaptación al régimen de propiedad horizontal si su antigüedad y naturaleza constructiva diera lugar a ello, y por lo mismo no es susceptible de contraer obligaciones ni está en capacidad para adquirir derechos, conforme artículo 53 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por vía de remisión analógica que permite el artículo 145 del Estatuto Procesal Laboral, como tampoco esta denominación representa a cada uno de los eventuales propietarios de la unidad constructiva donde el actor dice haber laborado, ni contra estos fue dirigido ni admitido el presente litigio.

De allí que en la integridad de los hechos que describe el actor, extrañando un mejor proceder del juez al momento de admitir la demanda, pero efectuado el saneamiento del proceso a quien correspondió la audiencia del artículo 77 del CPTSS en insistir en decidir lo planteado como una excepción por falta de legitimación por activa, tanto por no poder ser sujeto de derechos y obligaciones, aquello que la demanda denomina Edificio Romero, como por tampoco representar este en forma directa a eventuales propietarios de una construcción no adaptada a la regulación sobre propiedad horizontal, se confirmará la sentencia de primera instancia, en el entendido de declarar probado el medio exceptivo propuesto por el curador ad litem. Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

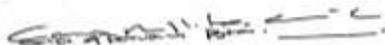
VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo (02) del Circuito de Bogotá, dentro del proceso adelantado por FLAVIO ANÍBAL LÓPEZ LÓPEZ en contra de EDIFICIO ROMERO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por edicto.



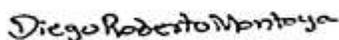
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3ebe191a985e537a45e561f2e9fc052fb69b553508191bf459c1c8df53716e9b**

Documento generado en 31/05/2023 05:56:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-024-2021-00226-01

Demandante: GLORIA SLENDY GONZÁLEZ GÓMEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A,
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá del 29 de agosto de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Gloria Slendy González Gómez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.-, a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como rendimientos, bonos pensionales, saldos adicionales, frutos, intereses, gastos de administración, las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones cobradas durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados; así como, se ordene a Colpensiones aceptar la

¹ 15/07/23 pasa a despacho.

vinculación y reciba el traslado de los aportes, costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 06 de abril de 1968; que cotizó al RPMPD desde el 06 de noviembre de 1987, por intermedio de diversos empleadores; que el 25 de mayo de 1994 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Porvenir, que el asesor comercial le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se liquidaría y los afiliados deberían cambiarse a un fondo privado, en donde se pensionarían antes de la edad exigida; que el 10 de agosto de 1998 su empleador le remitió solicitud para trasladarse a Davivir, hoy Protección, la cual suscribió sin ser asesorada con la información adecuada; que posteriormente en marzo de 2000 retornó a Porvenir, sin conocer las características, condiciones, riesgos, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes, así como las consecuencias del traslado. En último lugar, mencionó que el 05 de marzo de 2021 solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado de régimen, siendo negada la petición. (01 DEMANDA 202100226.pdf)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A, solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que la decisión de traslado se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»²

Por su parte Colpensiones, se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro del material probatorio allegado por la parte actora no obra documental idónea que demuestre la prosperidad de la argumentación planteada, razón por la cual la afiliación de la accionante al RAIS con la AFP Protección S.A., resulta ser válida, máxime cuando se realizó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Formuló como excepciones, entre otras: «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que condicionó el artículo 48 de la constitución política)», «prescripción»³.

Protección S.A, se opuso a las pretensiones que la involucren. En su defensa argumenta que el formulario de vinculación se suscribió en forma libre y espontánea. Propuso como excepciones de mérito, entre otras: «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia

² Exp. Digital «04 PORVENIR S.A. ALLEGA CONTESTACION.pdf»

³ Exp. Digital: «05 COLPENSIONES ALLEGA CONTESTACION»

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», «traslado de aportes a Porvenir», «aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto»⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora GLORIA SLENDY GONZALEZ GOMEZ al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR efectuada el 25 de mayo de 1994 la cual fue efectiva a partir el 01 de junio de esa misma anualidad, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales a la señora GLORIA SLENDY GONZALEZ GOMEZ nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, trasladar a la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido, con motivo de la afiliación de la señora GLORIA SLENDY GONZALEZ GOMEZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo sus propias utilidades.

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante al RAIS debidamente indexados estos gastos de administración.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la señora GLORIA SLENDY GONZALEZ GOMEZ, como su afiliado, actualizar y corregir la historia laboral de aquella una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PORVENIR S.A.

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

⁴ Exp. Digital: «07 CONTESTACION PROTECCION»

SÉPTIMO: Sin condena en costas en la instancia.

OCTAVO: En caso de no apelarse la presenten sentencia por Colpensiones, se dispone a que por secretaria se remita el expediente a la sala de decisión laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES de conformidad con el artículo 69 del CPTYSS⁵.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A interpuso recurso de apelación, argumentando que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de la ineficacia del acto jurídico de trasladó al RAIS, pues la decisión tomada por la parte actora fue libre, voluntaria y sin presiones o apremios, suscribió el formulario de afiliación, los cuales cumplía con los requisitos de ley aprobado por la Superintendencia Bancaria, y segundo manifestó que lo hacía de forma completamente voluntaria y libre y con asesorías distintas. En lo que respecta a la condena de devolver los rendimientos y gastos de administración, resaltó que no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia *ex tunc* en unos sentidos y otros no, pues como lo manifiesta la H. Corte Suprema de Justicia el efecto de esta figura es “declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”, en ese sentido, se tendría que los frutos obtenidos de la cuenta de ahorro individual no se generaron, en tanto, los rendimientos financieros, al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una condición diferente de la que se encontraría si fuera parte del RPMPD, dado que recibiría dineros que no se generarían en este régimen pensional en contravención al artículo 897 del Código de Comercio.

En lo que respecta a restituciones mutuas, mencionó que, Porvenir actuó como agente oficioso involuntario respecto de Colpensiones, según los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, por ello se esperarían el reembolso de utilidad efectiva, es decir, únicamente los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido gestionados en el RPMPD, pues en caso contrario se estaría generado un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Destacó que resulta improcedente condenar a la devolución de los gastos de administración y la indexación, toda vez que el primero de estos contiene los frutos e intereses que se obtuvieron de los aportes recibidos por la AFP, también deberían reconocer las expensas de los gastos en procura de generar aquellos rendimientos, pues la comisión es por retribución sobre rendimientos generados, a efectos de evitar enriquecimiento sin causa para Colpensiones, conforme cita sentencias proferidas, sin que sea compatible la indexación. (Al índice 17. Minuto 1:39:43)

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que la declaratoria de ineficacia atenta contra el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la parte demandante, Porvenir y Protección, por lo que esa entidad no puede

⁵ Exp. Digital: «17 AudioAudiencia29-08-2022»

verse afectada ni favorecida con la decisión de la actora; indicó que este tipo de decisiones afectan el equilibrio financiero, perjudicando las reservas pensionales y el producto interno bruto del país. Agregó que, los afiliados que le faltaren menos de diez años para pensionarse están incurso de la prohibición del artículo 02 de la Ley 797 de 2003, y que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, debe condenarse a la AFP a reparar el daño económico que debe soportar Colpensiones al recibir la afiliación y hacerse cargo futura pensión de vejez de la demandante. (Al índice 17. Min 1:45:45)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Gloria Slendy González Gómez del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 06 de abril de 1968 (al índice 1 pdf, 86); ii) se afilió a Colpensiones el 06 de noviembre de 1987 (al índice 5 pdf, 45); iii) el 25 de mayo de 1994 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Porvenir (al índice 1 pdf, 98); iv) el 10 de agosto de 1998 se trasladó a Davivir, hoy Protección (al índice 1, pdf 105); v) el 27 de enero de 2000 retorno a Porvenir, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (al índice 04 pdf, 72).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 18/05/2021 (índice 02) tenía cumplidos 53 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 01, pdf 107) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite para solicitar su traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

De esta forma, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de

régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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 otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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” (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal Tercero, Cuarto y Quinto de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Protección S.A que retorne a Colpensiones, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y disponer frente a numeral Tercero y Quinto que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara por aseguramiento de la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretender la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual las recurrentes no obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones que pase a tener a la demandante como una afiliada válida al régimen pensional que esta administra.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

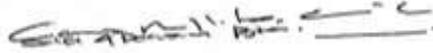
PRIMERO. ADICIONAR los ordinales Tercero, Cuarto y Quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito el ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora GLORIA SLENDY GONZALEZ GOMEZ y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A; para ordenar a las demandadas que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, Protección S.A. retorne a el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER frente a los ordinales antes enunciados, que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

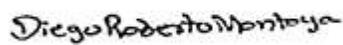
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1b01a5d872891d90379fecefee9cf0aea2f993158283832bca4ca9d4f0754f10**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-036-2021-00077-01

Demandante: ALFREDO SANTOS GUZMÁN
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y
CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Obran con reconocimiento de personería adjetiva, por parte de Colfondos a la doctora JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA,, identificada con C. C. 53.140.467 y T.P.199.923 del C.S. de la J.; por parte de Porvenir S.A., el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C. C. 79.985.203 y T.P. 115.849 del C.S. de la J.; conforme documental allegada.

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá del 08 de agosto de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alfredo Santos Guzmán llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.-, y a Colfondos S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Protección S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS.

Fundamentó sus peticiones, en síntesis, al indicar que nació el 9 de diciembre de 1960, que para el momento de la radicación de la demandada contaba con 60 años de edad, que estuvo afiliado al ISS desde el 30 de junio de 1980 hasta el 30 de agosto de 1996, cotizando 623 semanas. Mencionó que, para el 25 de julio de 1996 se trasladó a Colfondos S.A, que posteriormente, se trasladó a Colpatria S.A, hoy Porvenir el 10 de febrero de 1999, que para el 31 de julio de 2000 regresó a

Colfondos S.A, luego que, para el 27 de mayo de 2014 se trasladó a Protección S.A., y por último que el 08 de junio de 2016 se trasladó a Colpatria, hoy Porvenir, donde se encuentra afiliado en la actualidad.

Aseguró que para el momento del traslado a Colfondos no fue asesorado sobre las implicaciones del cambio régimen pensional teniendo en cuenta su historial laboral, edad, tiempo que llevaba trabajando y cotizando, ni sobre las ventajas y desventajas del traslado del régimen de prima media con prestación definida, asimismo, que fue inducido mediante argucias como que el seguro social se acabaría, que se podría pensionar antes de cumplir la edad y con un monto superior al del régimen de prima media. Recalcó que los asesores no le informaron que podía regresar a Colpensiones, de conformidad con el literal e del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, cuanto debía ser el capital que tenía que acumular en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a determinada edad, ni que una parte de sus aportes sería destinado al pago de primas de seguros, financiación del fondo de solidaridad pensional y el costo de administración del régimen, así como que, no le mencionaron la posibilidad de negociar el bono pensional, la forma de liquidación del monto de su pensión, que no lo realizaron proyecciones futuras con las hipótesis en cualquiera de los dos regímenes. Por último, informó que presentó reclamaciones ante Colpensiones, Colfondos y Protección solicitando la nulidad de los traslados, las cuales fueron rechazadas por las administradoras (03.Demada.pdf 1 a 32)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones. En su defensa argumentó que el demandante al momento de suscribir los formularios, tanto para la afiliación con Colpatria como la que posteriormente suscribió con Porvenir, lo hizo de forma libre, voluntaria y espontánea, completamente informada pues recibió la asesoría de manera verbal, con información suficiente y necesaria. Indicó que si el actor discute la existencia de un vicio del consentimiento le competía acreditar sus supuestos. manifestó que no procede la devolución de los gastos de administración en tanto en el régimen de prima media también se destina un porcentaje para financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que dichos conceptos no serán usados para financiar la posterior pensión de vejez del accionante y su traslado configurarían un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones, que el actor se encuentra dentro de la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones, entre otras: *prescripción, compensación y buena fe*¹.

Colfondos S.A indicó que la afiliación es completamente válida y que obró de acuerdo con los parámetros establecidos en la ley brindándole al demandante información suficiente, completa y veraz. Formuló como excepciones, entre otras: *ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción, compensación y pago*².

¹ Exp. Digital: «05. Contestación Porvenir 17.06.2021», «02. Contestación Porvenir.pdf»

² Exp. Digital: «06. Contestación demanda Colfondos 21.06.2021», «02. Contestación y Anexos.pdf»

Colpensiones, solicitó negar los requerimientos de la demandante, señaló que el traslado del RPM al RAIS se realizó con voluntad de la cotizante. Mencionó que, condenar a Colpensiones a recibir al afiliado iría en contra del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Propuso como excepciones entre otras: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, presunción de legalidad de los actos jurídicos y prescripción*³.

Por su parte Protección S.A., se opuso a las pretensiones. Indicó que existe un acto de afiliación válido, que el formulario de vinculación fue suscrito por la accionante en forma ilustrada, libre y espontánea, generándose derechos y obligaciones en cabeza de la administradora y del afiliado; destacó que en caso de condenar al traslado de los aportes, no debe proceder la devolución de los intereses financieros, gastos de administración y lo pagado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Formuló como excepciones, entre estas: *prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir*⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor ALFREDO SANTOS GUZMÁN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se hizo a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS con efectividad del día 1º de septiembre de 1996, a través de la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS

SEGUNDO: ORDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de 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, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la

³ Exp. Digital: «07. Contestación Colpensiones 23.06.2021», «02. Contestación demanda.pdf»

⁴ Exp. Digital: «08. Contestación demanda Protección 23.06.2021», «02. Contestación demanda.pdf»

totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, ser debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

OCTAVO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que no se demostró que, a lo largo del proceso, las faltas de información o de consentimiento que justifiquen declarar la ineficacia del traslado, por el contrario, que debió tenerse en cuenta que las demandadas cumplieron con el deber de información que se les exigía para cada época en la que el afiliado decidió vincularse a los respectivos fondos privados. Agregó que, si bien es cierto que la jurisprudencia de la CSJ indica que todos los afiliados al sistema de pensiones deben recibir información precisa sobre las características de cada régimen a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, también que el deber de asesoría e información ha evolucionado con el paso del tiempo y que para 1995 no era imperativo realizar simulaciones o proyecciones pensionales, o algún requisito más allá de suscribir el formulación de afiliación; reiteró la necesidad de proteger el principio de sostenibilidad financiera y la necesidad de aplicar, en el caso en concreto, la prohibición legal de traslado al encontrarse el demandante a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Indicó los distintos actos de relacionamiento que ha sostenido el actor al realizar varios traslados horizontales dentro del régimen ahorro individual con solidaridad; mencionó que en los términos del estatuto financiero, la afiliación a un fondo privado de pensiones implica la creación de derechos y deberes tanto para el afiliado como las administradoras, los cuales no fueron acatados por el hoy demandante (Al índice 16. Subíndice 10. Min 1:07:00).

Porvenir S.A., presentó sustentó bajo el artículo 9 del C.C., que señala que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio general del derecho que establece una presunción legal, la cual implica que habiéndose promulgado una ley esta es conocida por todos los habitantes. Ahora, como lo explico la Corte Constitucional en SU-030 de 2003, la Ley 100 de 1993, estableció el sistema de seguridad social integral de pensiones bajo dos regímenes solidarios y excluyentes, pero que coexisten, cada uno con sus particularidades, luego entonces, por tratarse de un régimen obligatorio y de orden público, las normas de afiliación del traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPDM como en el RAIS se encuentran debidamente definidas en su totalidad por la Ley, debidamente promulgada, por lo que, a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de su inobservancia, sin que las partes tengan la libertad de pactar condiciones distintas, luego en este escenario el demandante debía conocer la información que le permitía tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional sin que pueda aducir que PORVENIR abusó de su posición dominante y menos que, el demandante esté relevado de demostrar las circunstancias que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993, conforme artículo 13 de la C.P.; aunado no debería existir condena por comisiones, gastos de administración, primas de seguros, aportes al fondo de garantía, por generar rendimientos financieros, pues no existe norma para aquella devolución y estos no financian prestación al actor, de allí la excepción de compensación (Al índice 16. Subíndice 10. Min 1:11:11)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor Alfredo Santos Guzmán del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el accionante nació el 09 de diciembre de 1960 (al índice 1, pág. 33); ii) se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 30 de junio de 1980, (al índice 1, pág. 43); iii) se trasladó el 25 de julio de 1996 al RAIS (índice 1, pág. 58); iv) el 31 de agosto de 2000 de Colpatria retorno a Colfondos (índice 1, pág. 57); v) el 27 de mayo de 2014 se afilió a Protección (índice 1, pág. 70); vi) el 08 de junio de 2016 se trasladó a Porvenir (índice 1, pág. 87).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 16/02/2021 (índice 01, subíndice 02) tenía cumplidos 60 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, cuando ya había superado la edad de

los 52 años, limite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría al caso y en relación a los recursos de apelación y grado jurisdicción de consulta, se resuelve a partir de los criterios fijados en sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las

administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal,

no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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 otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, atendiendo que la condena de primer grado cubre los valores recibido por el fondo administrador de pensiones en el RAIS, junto a sus rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, dineros que ordena devolver a Colpensiones debidamente indexados, debiéndose adicionar el numeral tercero en tal actualización de valor y referir frente al numeral Segundo que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional, observando que los fines del traslado, de las cotizaciones y de los valores antes referidos, corresponden a los efectos asignados en doctrina citada a la ineficacia del traslado en conjunto a la sostenibilidad financiera del RPMPD, no propiamente hacia un enriquecimiento de la actora, sino de la restauración de la situación jurídica.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual las recurrentes no obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, esto implica que deberán asumir las costas y agencias en derecho, siendo diferente la oportunidad procesal para diferir sobre su cuantía.

Conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia; se confirman las de primera.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

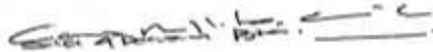
PRIMERO. ADICIONAR sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito el 08 de agosto 2022, en donde es demandante el señor ALFREDO SANTOS GUZMÁN y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. en el sentido de adicionar las condenas indicadas en el numeral Tercero en cuanto estas deberán ser debidamente indexadas y DISPONER frente al numeral Segundo que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán ser con cargo a sus propios recursos y aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia antes enunciada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

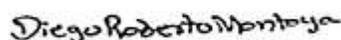
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c45a4e22a61626c549bbc86834bdfd93df614624df53c0b327f89aff5bdf9597**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario: 110013105-012-2020-00475-01

Demandante: MAGDA BIBIANA LARA ROSERO

Demandada: SUMINISTRO DISEÑO E INGENIERIA COLOMBIANA
S.A.S- SUDEIN INC S A S

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá del primero (01) de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Magda Bibiana Lara Rosero llamo a juicio a la sociedad Suministros Diseño e Ingeniería Industrial Colombiana S.A.S sigla SUDEIN INC S A S, para que previo los trámites legales, se declarara que existió una relación laboral, comprendida entre el 26 de junio de 2019 hasta el 23 de diciembre de 2019; que terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del accionado; consecuencia de lo anterior solicita se condene a la accionada a reconocer y pagar prestaciones sociales, vacaciones, salarios dejados de percibir por el interregno de la relación laboral, indemnización por despido sin justa causa; sanción moratoria consagra en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo -CST-, sanción por no consignación de las cesantías; indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita; así como a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, con SUDEIN INC S A S, a partir del 26 de junio de 2019, que el cargo desempeñado era de líder de seguridad y salud en el trabajo, devengando un salario de \$1.800.000; refirió que el 23 de diciembre de 2019, le notificaron el fenecimiento del vínculo, invocando el artículo 80 del CST; manifestó que en la cláusula séptima del contrato, se estipuló que el periodo de prueba sería

de dos meses, cumpliéndose el 25 de agosto de 2019; que a la terminación del vínculo no se canceló los aportes a la seguridad social, los salarios comprendidos entre el 16 a 23 de diciembre de 2019; que solicitó el 06 de marzo de 2020, la liquidación de las prestaciones sociales sin obtener respuesta alguna, que a la fecha la accionada adeuda la indemnización por despido sin justa causa; sanción moratoria consagra en el artículo 65 del C.S.T, sanción por no consignación de las cesantías. (Expediente Digital: 04SubsnaciónDemandapdf, Págs. 22 a 29)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Suministros Diseño e Ingeniería Industrial Colombiana S.A.S SUDEIN INC S.A.S. dio contestación a la demanda, con oposición a todas las pretensiones, argumentó que realizó los pagos a seguridad social en el momento oportuno adjuntando en el escrito de contestación las planillas de pago, junto con la liquidación del contrato realizada en dos pagos; uno en efectivo de fecha de 30 de diciembre de 2019 y el saldo restante el 17 de enero de 2020 (17/01/2020) adjuntando los respectivos comprobantes de pago, reconociendo la demandada que si bien no realizó el pago de la liquidación al finalizar el contrato de trabajo, lo hizo dentro de un término razonable; respecto a las indemnizaciones argumentó que estas no son de aplicación automática y que su actuación estuvo precedida por la buena fe, hecho que acredita con el pago oportuno de las respectivas acreencias laborales a que tenía derecho la demandante. Propuso como excepciones las de «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para demandar», «buena fe por parte del empleador», y la «genérica»¹.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día primero (01) de febrero de 2022, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la sociedad SUMINISTRO DISEÑO E INGENIERÍA INDUSTRIA COLOMBIANA S.A.S- SUDEIN INC S.A.S., a pagarle a la demandante Magda Bibiana Lara Rosero las siguientes cantidades de dinero y conceptos:

- a) \$1.800.000 por indemnización por terminación unilateral sin justa causa.
- b) \$15.000.000 por indemnización moratoria, causada entre el 24 de diciembre de 2019 y hasta el 03 de septiembre de 2020
- c) A la indexación de la suma ordenada en el literal a) desde el 24 de diciembre de 2019 y hasta la fecha del respectivo pago.
- d) A la indexación de la suma ordenada en el literal b) desde el 04 de septiembre de 2020 hasta la fecha del respectivo pago.

SEGUNDO: Absolver a la demanda SUMINISTRO DISEÑO E INGENIERÍA INDUSTRIA COLOMBIANA S.A.S- SUDEIN INC S.A.S., de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora Magda Bibiana Lara Rosero.

¹ (Expediente Digital: 06. contestacion pdf, Págs. 2 a 8).

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO: Condenar en costas a la demandada, incluyéndose como agencias en derecho la suma de \$800.000 a favor de la demandante.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que por la prueba documental, la declaración rendida por el representante legal así como el interrogatorio rendido por la señora demandante es evidente que la demandante recibió el pago de salarios al 23/12/2019 como se reclama en la demanda, también recibió prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, y vacaciones, pues fue confesado por la demandante que recibió dichos emolumentos, manifestó recibir \$865.000 por prima de servicios, suma consignada en su cuenta bancaria, además la demandante confesó haber recibido \$1'700.000. Frente a la indemnización por despido, explicó que el contrato se terminó por decisión unilateral del empleador en comunicación del 23/12/2019 y para el efecto invoca el artículo 80 del CST, en el interrogatorio el representante legal fue enfático en señalar que este se terminó, porque la empresa se vio en la obligación de reducir personal, que el contrato de trabajo se pactó como periodo de prueba a dos meses, cumplido el 25/08/2019, luego sin sustento que justificara unilateralmente la finalización del vínculo condenó bajo artículo de 64 del CST.

Por la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, tuvo lo aceptado por la demandante que el pago final ocurrió para el 04/09/2020, aclarando que la demanda fue presentada en los 24 meses siguientes a la fecha de terminación.

Sumas que deberán ser indexadas del 24/12/2019 hasta la fecha del pago efectivo e igualmente se deberá indexar el valor por concepto de indemnización moratoria desde el 04/09/2020 hasta la fecha de su pago efectivo sin que esta indexación sea una doble condena dado que como se indicó lo que busca es que se mantenga el poder adquisitivo del dinero en el tiempo de la suma reconocida.

APELACIÓN

La apoderada judicial de SUDEIN INC S A S, interpuso recurso de apelación, argumentó que a la demandante le fue cancelada la liquidación de su terminación del contrato el día 30/12/2019 en efectivo en un monto de \$441.600 y \$865.000 en la cuenta bancaria, soportes que se allegaron con la contestación de la demanda, \$441.600 del salario devengado de los 8 días de servicios prestados por la demandante y la suma de \$865.000 al 17/01/2020 que era la liquidación del contrato, la seguridad social y demás, todo ello fue cancelado y aportado dentro del plenario (min. 27:07).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente

condenar a la accionada, al pago de la indemnización establecida en el artículo 65 del CST.

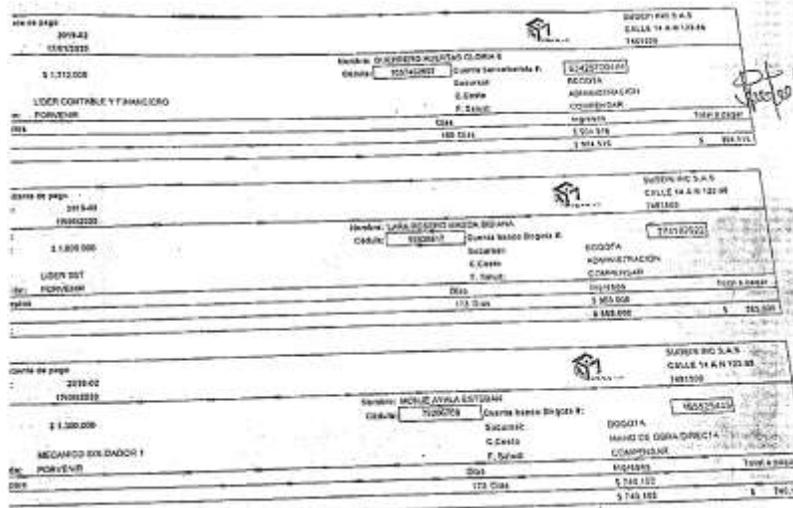
CONSIDERACIONES

Conforme al principio de consonancia estatuido en los artículos 66 y 66A del CPTSS, no se discute la existencia del contrato de trabajo a término indefinido desde el día 26 de junio de 2019 al 23 de diciembre de 2019, por lo que se mantendrán incólumes en virtud del referido principio de consonancia. Por consiguiente, esta Corporación analizará si es procedente condenar a la accionada al pago de la indemnización establecida en el artículo 65 del CST.

De la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, ha de indicarse que ésta tiene una naturaleza eminentemente sancionatoria, pues se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible al pago de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del contrato de trabajo. En su procedencia, se ha definido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras sentencia SL4028-2020, que su imposición no es automática ni inexorable, puesto que debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta del empleador, para establecer si a la finalización del nexo contractual, el actuar del empleador pudo estar precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba, indicó la Corte:

“Así, la imposición de la indemnización moratoria o de la sanción por no consignar la cesantía, no depende de la negación que se haga del contrato de trabajo, ni tampoco de la declaratoria de la existencia de la relación laboral en los términos de los artículos 24 del CST y 53 de la Constitución Política, pues siempre se requiere, en cada caso en particular, del examen de la conducta o proceder del empleador, conforme al acervo probatorio, para lo cual se deben tener en cuenta las circunstancias que rodearon el desarrollo del vínculo”

Al respecto, con la liquidación de las prestaciones sociales del 20 de diciembre de 2019, (al índice 6, pdf. 16), no se acredita que la accionada haya cancelado el monto total de la liquidación de prestaciones sociales, bien sea por transferencia bancaria o en efectivo como lo indica en la contestación de la demanda porque de la valoración en conjunto de los medios de prueba, se tiene que la sociedad demandada afirma que el pago definitivo de las prestaciones sociales se realizó el 17 de enero de 2020, conforme al documento impresión de un listado de indicación de comprobantes de pago (al índice 06. Pág. 20), sin embargo, por el valor que este enuncia por \$865.000, la demandante aceptó recibirlo por consignación, pero por concepto de una prima semestral adeudada a diciembre del año anterior (min. 20:10 y sig.).



Aunado a ello en el interrogatorio de parte, el representante legal de la accionada al preguntarle sobre la calenda en que se le pagó a la accionante la liquidación final de prestaciones sociales contestó que esta se pagó, pero no recordó la fecha de pago (min. 16:24) y que las prestaciones sociales no se consignaron pues consideran que la persona debe asistir a las oficinas para que firmen la liquidación, siendo evasivo en indicar la fecha precisa en que la accionante se presentó para recibir el pago en efectivo (min. 26:15). Debe precisarse, aunque el monto neto que informa la liquidación por prestaciones sociales asciende a \$1.709.407 (índice 06. Pág. 16) y la actora confesó recibir \$1.700.000, no se presentó recurso por la demandante ante esta instancia por los efectos de aquella diferencia.

De igual manera, el hecho que el pago de prestaciones sociales finales se efectuara, como lo confesó la actora hasta el 4 de septiembre de 2020 por \$1.700.000 (min. 20:10 y sig.), con posterioridad a la terminación del vínculo no puede tenerse como un acto de buena fe, pues se hizo después de nueve meses; en consecuencia, contrario a lo manifestado por la accionada en el recurso de apelación, no existe justificación para el pago tardío de las acreencias laborales, procediendo la indemnización moratoria fijada en primera instancia.

En virtud de lo expuesto, la sentencia de primer grado se confirmará. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

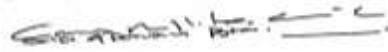
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de febrero de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral

adelantado por la señora Magda Bibiana Lara Rosero contra Suministros Diseño e Ingeniería Industrial Colombiana S.A.S - SUDEIN INC S.A.S, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

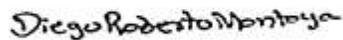
Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5885cd6200cc352a55a93d266b919c4e42f19d2bba0a82e08b2c4c143a39b17d**

Documento generado en 31/05/2023 05:56:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-021-2021-00044-01

Demandante: DORIS RAMÍREZ SUÁREZ

Demandadas: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

AUTO

Conforme documental allegada, se reconoce como apoderada en sustitución de Colpensiones a la doctora CINDY JULIETH VILLA NAVARRO. Reasume el poder conferido por la actora el doctor ALBEIRO FERNÁNDEZ OCHOA; y obra como apoderado de Porvenir el doctor FERNANDO ENRIQUE ARRIETA LORA.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La señora Doris Ramírez Suárez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos por vejez, se declare que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD administrado por Colpensiones, un total de 431.86

semanas; se declaró que tiene derecho a que la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público cancele con destino a Porvenir S.A. un bono pensional por el tiempo cotizado al RPMPD.

Como pretensiones condenatorias, solicitó se condene a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a reconocer y pagar los intereses moratorios respecto del valor. Solicitó condenar a Porvenir S.A. a reconocer y pagarle la devolución de los saldos por vejez, incluyendo los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y el valor del bono pensional. Finalmente, se condene a Porvenir S.A. a reconocer y pagar la indexación de las sumas reconocidas por concepto de devolución de saldos a partir de su exigibilidad y hasta que se efectúe el pago, lo ultra y extra petita junto con las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 2 de julio de 1961 y cotizó para los riegos de invalidez, vejez y muerte al otrora ISS hoy Colpensiones, de forma discontinua, durante el periodo comprendido entre el 13 de abril de 1987 y el 31 de julio de 1995, acreditando un total de 431.86 semanas y que no cuenta con las semanas necesarias para acceder a una garantía de pensión mínima, ni con el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez y se encuentra en imposibilidad de continuar cotizando.

Señaló que mediante resolución proferida por el Inderena reconoció a su favor una pensión de invalidez, en cuantía inicial de \$368.022,90 a partir del 29 de octubre de 1995, por haber laborado por más de 20 años como docente al servicio de entidades educativas de carácter oficial; además de ello, que mediante petición radicada ante Porvenir S.A. solicitó se ordenara reconocer y pagar a su favor una devolución por saldos por vejez la cual fue negada por no ser procedente conforme lo establecido en el artículo de la Ley 100 de 1993, en tanto se encuentra disfrutando una prestación de invalidez.

Agregó que radicó una petición ante Colpensiones para que se procediera a certificar ante la Oficina de Bonos Pensionales el número de semanas cotizadas al RPMPD, para afectos de la liquidación del Bono Pensional y que a la fecha de la presentación de la demanda no se le ha dado respuesta a su petición quedando agotada la reclamación administrativa. Finalmente que radicó solicitud ante la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a fin de que procedieran a emitir y pagar un bono pensional con destino a Porvenir S.A., petición que fue resuelta en forma negativa bajo el argumento que existía incompatibilidad entre el bono pensional tipo A y la pensión de invalidez que disfruta¹.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir contestó la demanda aceptando los hechos relacionados con el estudio pensional de la actora y su condición de pensionada, respecto de los demás, adujo

¹ Exp. digital: «01DemandayAnexos» págs. 4 a 16

no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a estas, en tanto encontró que la actora al momento de suscribir la solicitud de vinculación a esa administradora, ya se encontraba pensionada por invalidez según Resolución 0293 de abril de 1985 emitida por el Instituto Nacional de los Recursos Renovables y del Medio Ambiente Inderena, por lo que se encontraba en la causal de exclusión prevista en el literal a) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 y 16 de la misma norma, por lo que su vinculación al RAIS, no fue válida y por tanto al no haber pertenecido por las limitaciones de ley, no es viable que se declare derecho a la devolución de saldos solicitada. Adicionalmente, que esa entidad devolvió los saldos de la cuenta individual de la actora a Colpensiones, para que sean parte de los recursos para financiar la pensión de invalidez. Formuló como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación pretendida en la demanda en cabeza de mi representada»*, *«inexistencia de aportes en la cuenta de ahorro a cargo de la actora»*, *«cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP Porvenir»*, *«falta de legitimación por pasiva»*, *«cobro de lo no debido»*, *«buena fe»*, *«imposibilidad legal para reconocer un derecho, cumplimiento del deber legal»* y *«prescripción»*².

Por su parte, Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó los relativo a la fecha de nacimiento de la actora, el número de semanas de cotización efectuadas al otrora ISS, el traslado de régimen de la demandante al RAIS, el reconocimiento de la pensión de invalidez y la petición radicada ante la administradora. Advirtió que si bien la actora contaba con un total de 431.86 semanas cotizadas, su valor será entregado a la entidad que le reconoció la pensión de invalidez – Inderena-, ya que por el traslado de esos recursos que dicha entidad podrá reconocer y pagar las pensiones ya exigibles de quienes cumplan los requisitos legales. Como excepciones de mérito formuló las de *«falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«inexistencia del derecho reclamado»*, *«cobro de lo no debido»*, *«buena fe de Colpensiones»*, *«no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria»*, *«no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno»*, *«carencia de causa para demandar»*, *«presunción de legalidad de los actos administrativos»*, *«no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público»*, *«compensación»*, *«prescripción»* y la *«innominada o genérica»*³.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones incoadas por la actora; frente a los hechos, aceptó lo relacionados a la fecha de nacimiento, la afiliación errada al RAIS y a la petición radicada por la demandante, respecto de los demás supuestos adujo no ser ciertos o no constarles. Precisó que la accionante no tiene derecho a recibir prestación del RAIS dado que, de conformidad con el literal A del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, se encuentra excluida de este régimen, como consecuencia del reconocimiento de la pensión de invalidez otorgada por el Inderena en 1985. Propuso como excepciones de fondo las de *«La señora Doris Ramírez Suarez se encuentra excluida del RAIS por aplicación directa del literal a del artículo 61 de la ley 100 de 1993»*, *«inexistencia*

² Exp. digital: «08ContestaciónDemandaPorvenir» págs. 2 a 11

³ Exp. digital: «09ContestacionDemandaColpensiones»

de obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, corresponde a Colpensiones establecer la prestación a la cual tendría derecho la demandante» y la «genérica»⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA EN LA DEMANDA EN CABEZA DE MI REPRESENTADA; FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA y COBRO DE LO NO DEBIDO propuesta por PORVENIR. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA e INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO propuesta por COLPENSIONES. Y las excepciones de: LA SEÑORA DORIS RAMIREZ SUAREZ SE ENCUENTRA EXCLUIDA DEL RAIS POR APLICACIÓN DIRECTA DEL LITERAL A) DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 100 DE 1993 y la de INEXISTENCIA DE OBLIGACION A CARGO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, CORRESPONDE A COLPENSIONES ESTABLECER LA PRESTACION A LA CUAL TENDRIA DERECHO LA DEMANDANTE formuladas por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones incoadas por la señora DORIS RAMÍREZ SUÁREZ.

TERCERO. COSTAS en esta instancia a cargo de la actora y a favor de COLPENSIONES, PORVENIR y MINHACIENDA en la suma de \$200.000 para cada una de ellas.”

Para arribar a la anterior decisión, la *a quo* advirtió que, en el caso en concreto, se le reconoció a la actora pensión de invalidez a partir del 9 de febrero 1985 y que la señora se afilió al ISS el 13 de abril de 1987 cotizando un total de 431.86 semanas. Consideró que, conforme el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, le asiste razón a la pasiva, al argüir que la promotora de la litis se encontraba excluida del RAIS por contar previamente con el reconocimiento de una pensión de invalidez por parte de una entidad oficial, en tanto es la norma en cita la que claramente señala que los pensionados por invalidez de cualquier entidad del sector público se encuentra limitados para pertenecer al RAIS, encontrándose plenamente acreditado dicho presupuesto en el *sub examine*. Consideró que si bien la actora sustentó que la pensión fue reconocida en los tiempos laborados como docente, de la resolución

⁴ Exp. digital: «10ContestaciónMinisterioDeHacienda»

del reconocimiento pensional no se desprende que para el reconocimiento de las prestaciones se hayan tenido en cuenta tiempos de servicios en tal calidad.

Concluyó que la afiliación a Porvenir no resultaría válida por contrariar la disposición legal y, en ese orden, acertadamente la AFP mediante el oficio de octubre de 2020 le negó la solicitud pensional y procedió al traslado de los aportes pensionales de la actora a Colpensiones; en consecuencia, que al no ser válida la afiliación al RAIS, no le asiste a la demandante derecho al reconocimiento del bono pensional y devolución de saldos, por lo que cualquier prestación económica estaría a cargo de Colpensiones, entidad ante la cual se entiende afiliada, sin embargo, que como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, es incompatible la pensión reconocida a la actora con la devolución de saldos pretendida (min. 35:32).

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, adujo estar de acuerdo con los supuestos de hecho que se tuvieron en cuenta para efectos de sustentarse la sentencia, donde se acreditó el tema de la pensión de invalidez, la situación consistente en la afiliación al RPMPD y la densidad de semanas cotizadas en dicho régimen. Sin embargo, indicó que frente al traslado de régimen pensional efectuado por la demandante en 1997 existe un error netamente jurídico, por cuanto se consideró que la misma es ineficaz en los términos del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, pese que la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado que cuando se efectúa una solicitud de vinculación, es deber de la administradora de fondo de pensiones, dentro de un término de 30 días siguientes a la fecha en que se produjo, efectuar una solicitud indicando a la peticionaria las situaciones que lo llevan a objetar tal afirmación, de tal suerte, que Porvenir debió en el año 1997, dentro de ese término, haber efectuado la objeción de la solicitud de la afiliación efectuada por la accionante, so pena de que la afiliación se tenga por válida

Que por lo anterior, la parte demandante demuestra el error a la sentencia indicando que se trata de una interpretación errónea en que incurre la primera instancia al señalar que en efecto esa afiliación efectuada por la actora es ineficaz, de suerte que, ante el concepto de afiliación tácita, al no haberse objetado tal afiliación dentro de los 30 día siguientes, que la afiliación realizada al RAIS es totalmente válida y, en efecto, dado lo anterior, estudiar las pretensiones de la demanda, toda vez que se cumple con los requisitos para el reconocimiento y pago del bono pensional, pues se acreditó que la demandante cotizó al RPMPD más de 150 semanas, que se trasladó en el año 1997 a Porvenir. Adicionalmente que se proceda con la devolución de saldos, toda vez que se encuentran reunidos los supuestos de hecho (min 48:15).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de

apelación establecer si la demandante tiene derecho a la devolución de saldos que pretende de la AFP Porvenir, así como la expedición, liquidación y pago del bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los términos solicitados en la demanda y si la mencionada prestación económica es compatible con la pensión de invalidez que actualmente percibe la actora por parte del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente Inderena.

V. CONSIDERACIONES

Para abordar los problemas jurídicos planteados con anterioridad, se advierte que se encuentra debidamente acreditado: (i) que mediante Resolución 0296 del 6 de abril de 1985 el Instituto Nacional de los Recursos Renovables y del Medio Ambiente Inderena reconoció a favor de Doris Ramírez Suárez una pensión de invalidez a partir del 9 de febrero de 1985 en cuantía inicial de \$22.199,98, lo anterior conforme lo establecido en el artículo 61 del Decreto 1848 de 1969 y 23 del Decreto 3135 de 1968 (índice 01 págs. 60 a 62); (ii) que la demandante cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el otrora ISS hoy Colpensiones desde el 13 de abril de 1987 hasta el 31 de julio de 1995 un total de 431,86 semanas (págs. 24 a 27 *ibídem*); y (iii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual en agosto de 1997, donde realizó aportes hasta diciembre de 2005 (págs. 28 al 34 *idem*).

Aduce entonces el apelante que se incurrió en un error de interpretación al concluir que la vinculación de la señora Ramírez Suárez al RAIS era inválida, por lo que corresponde a esta Corporación, es primer lugar, establecer si la demandante se encontraba excluida del RAIS en los términos del artículo 61 literal a) de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la referida norma contempla los eventos en los que una persona se encuentra excluida de la afiliación al Régimen de Ahorro individual con solidaridad así: «*[l]os pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público*».

En ese sentido la Corte Constitucional en sentencia CC C674-2001 al estudiar la exequibilidad de dicho precepto, precisó:

“5. El anterior análisis permite concluir que los imperativos de eficiencia que gobiernan la seguridad social y el carácter unitario de este sistema, hacen razonable que el Legislador evite que, en principio, una misma persona goce de dos prestaciones que cumplan idéntica función, pues no sólo eso podría llegar a ser inequitativo sino que, además, implicaría una gestión ineficiente de recursos que por definición son limitados. Esta situación explica que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al definir las características generales del sistema de pensiones, haya precisado, en el literal j), que "ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez". La razón es elemental: estas dos pensiones pretenden proteger a la persona frente a un riesgo común, ya que buscan ampararla en aquellas situaciones en que ella ya no tiene la misma capacidad para seguir trabajando, ya sea por los efectos inevitables de la vejez, o bien por una enfermedad o un accidente que hayan mermado sus facultades laborales. Por ello, en innumerables sentencias, la Corte Suprema de Justicia ha concluido, con

criterios que esta Corte Constitucional prohija, que "tanto la pensión de vejez, como la de invalidez, tienen la misma naturaleza y persiguen la misma finalidad".

6. Las consideraciones precedentes son suficientes para comprender la finalidad del literal a) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993. Así, es claro que al excluir del régimen de ahorro individual a quienes ya estuvieran pensionados por invalidez en el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo del sector público, ese literal pretende evitar que una misma persona acumule las pensiones de vejez e invalidez.

Esa finalidad encuentra pleno sustento en los principios de unidad, eficiencia y universalidad que gobiernan la seguridad social, puesto que, si la persona ya se encuentra cubierta frente al riesgo de no poder trabajar, por la disminución de su capacidad laboral, debido a la invalidez, no es necesario que sea nuevamente cubierta frente a esa misma eventualidad debido a la vejez. Por ello, la Corte encuentra que ese literal busca un propósito constitucional importante, como es proteger la equidad del sistema de seguridad social y el uso eficiente de sus recursos."

De ese mismo modo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al analizar la causal prevista en el literal a) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en sentencia CSJ SL3342-2020 estableció:

"Sobre el particular, si bien en dicho literal no se diferencia el tipo de origen o de riesgo del cual deriva la pensión de invalidez, a juicio de la Corte, tal alusión corresponde a la prestación de invalidez de origen común o concedida en el sistema general de pensiones, y no involucra las prestaciones que se otorgan bajo las reglas del subsistema de riesgos laborales, por las razones que se sintetizan a continuación.

De un lado, porque, como se dijo a espacio, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes excluyentes, de modo que debe entenderse que tal exclusión refiere la imposibilidad de que un pensionado pueda disfrutar simultáneamente de dos pensiones que tengan la misma naturaleza o que atiendan al mismo riesgo. Esto, porque una persona no puede recibir prestaciones económicas en ambos regímenes del sistema general de pensiones.

Así, si un afiliado obtuvo una prestación de invalidez por origen común en el régimen de prima media con prestación definida, posteriormente, no podría pretender obtener otra en el régimen de ahorro individual, puesto que la finalidad de ambas prestaciones, su reglamentación, así como la fuente de financiación, son las mismas".

En esa medida, es claro que para invocar la exclusión del RAIS con fundamento en el literal a) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, se debe partir de la existencia cierta de la calidad de pensionado de quien aspira afiliarse a ese régimen, en tanto que es precisamente por el hecho de contar con una prestación pensional ya reconocida, como la referida en la norma, que se limita su acceso a este régimen.

En el *sub examine* se advierte que mediante Resolución 0296 de 6 de abril de 1985 le fue reconocida una pensión de invalidez a la señora Doris Ramírez Suárez por parte de una entidad del sector público – Inderena- a partir del 9 de febrero de 1985, por lo que para agosto de 1997 – data en la que solicitó la afiliación al RAIS administrador por Porvenir, se encontraba dentro de la exclusión prevista en el literal a) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 para pertenecer a ese régimen, no estando en la posibilidad de afiliarse o pertenecer al RAIS.

En ese orden, en este asunto, como quiera que la actora estaba excluida del esquema de ahorro individual con solidaridad, su afiliación a Porvenir se tornaba ineficaz, por lo que no erró la juzgadora de primer grado al establecer que la demandante, como pensionada, estaba exceptuada para afiliarse al régimen de ahorro individual, sin que sea dable aplicar la interpretación dada por la apelante en el sentido de que la afiliación de la actora al RAIS cobró plena validez en tanto Porvenir no objetó la misma dentro del término de 30 días, habida consideración de que la exclusión a este régimen tiene origen legal, lo que no permite la interpretación de la alzada.

Por otra parte, aunque se ha permitido en el caso de docentes la inclusión de bonos pensionales que prestando sus servicios en establecimientos públicos son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, cotizaron por establecimientos privados al RAIS, pues de estos se indica que son exceptuados al Régimen de Seguridad Social en Pensiones, bajo Ley 100 de 1993. Lo anterior como se ha expuesto en Casación Laboral entre otras en sentencia SL1127-2022, en armonía con sentencia CSJ SL451-2013.

Correlacionado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que a diferencia de aquella previsión que se fundamenta en la posibilidad de afiliación de docentes según artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la pensión de invalidez a la actora se reconoció, pero estando aquel derecho sometido a revisión de la situación médica que la originó, así lo determinó el artículo 26 del Decreto 3135 de 1968, en que la modificación favorable de la enfermedad puede llevar a la disminución o suspensión de la pensión de invalidez, por lo cual solo aquel tiempo en el Régimen de Prima Media, armonizaba, que ante una capacidad laboral residual tanto se cotizara, como que en caso de suspender tal pensión de invalidez y no lograr a la edad mínima para la pensión de jubilación oficial, se contara con una posibilidad de cobertura ante el riesgo de vejez. Por cierto, que no se probó en el caso concreto que la demandante obrara como docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en donde la doctrina ha planteado la posibilidad del fin perseguido en la demanda.

En consecuencia, como quiera que la prosperidad de las pretensiones invocadas por la actora se encontraba condicionada a la efectiva afiliación de esta al RAIS, deberá confirmarse la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

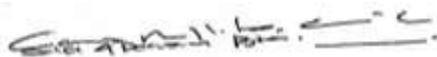
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2022 en donde es demandante la señora DORIS RAMÍREZ SUÁREZ y demandadas la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

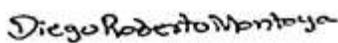
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9de7b6815eb4878f951eae8547f158cd2f5830789284707e656750f4e52dfdcf**

Documento generado en 31/05/2023 05:52:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-033-2018-00558-01

Demandante: JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA

Demandadas: PALMAS MONTERREY S.A y la ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación¹, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Palmas Monterrey S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá del 8 de febrero de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El señor José Antonio Hernández García llamó a juicio a Palmas Monterrey S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que se declare que con la primera de ellas existió un contrato de trabajo y que esa sociedad no realizó los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1981 al 19 de mayo de 1986. En consecuencia, solicitó se condene a Colpensiones a que realice el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas a pensión y a Palmas Monterrey a que asuma el pago de la suma correspondiente al referido cálculo actuarial, junto con lo que se encuentre probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que entre el señor José Antonio Hernández García y Palmas Monterrey existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual inició el 4 de noviembre de 1981 y finalizó el 10 de julio de 2002, donde el actor desempeñó el cargo de Trabajador a Destajo; sin embargo, que Palmas

¹ 22/04/22 pasa a despacho.

Monterrey lo afilió a pensión solo hasta el 20 de mayo de 1986, sin que hubiese realizado los aportes correspondientes entre el 4 de noviembre de 1981 al 19 de mayo de 1986².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y adujo no constarle ninguno de los hechos relacionados en el libelo demandatorio. Sostuvo que al actor no le asiste sustento fáctico ni jurídico para el cálculo actuarial, toda vez que para los periodos por él señalados no existía afiliación al sistema general de pensiones, ni reportado válidamente por el empleador que permitiera y obligara a la entidad, en caso de mora o no pago, a exigir mediante cobro coactivo las obligaciones contraídas. Formuló como excepciones de mérito las de «*carencia de causa para demandar*», «*prescripción*», «*buena fe*», e «*inexistencia de intereses moratorios e indexación*»³.

Por su parte, Palmas Monterrey S.A. aceptó que entre la sociedad y el señor Hernández García existió una relación laboral mediante contrato de trabajo a término indefinido, la cual inició el 4 de noviembre de 1981 y culminó el 10 de julio de 2002, sin embargo, se opuso a las demás pretensiones de la demanda. De igual manera, aceptó la totalidad de los hechos relacionados con Palmas Monterrey, advirtiendo que para el periodo en que solicita el actor los aportes a pensión, las empresas no tenían la obligación de afiliar a sus trabajadores, pues aquellas se encargaban de concederle la pensión al completar 20 años de labores continuas a su cargo, esto temporalmente mientras se organizaba el Instituto Social Obligatorio, entidad que subrogaría al empleador en la cobertura de las contingencias en comento, conforme lo ordenado por el Decreto 3041 de 1966. Como excepciones de fondo formuló las de «*pago de aportes a pensión por omisión legislativa – principio de equidad*», «*carencia de responsabilidad por parte de Palmas Monterrey*», «*inoperancia de la subrogación de pensión*», «*imposibilidad de afiliación y aportes retroactivos al sistema*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*», «*relevancia del balance jurisprudencial*», «*allanamiento a la mora por parte del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones*», «*prescripción*», «*compensación*» y la «*genérica o innominada*»⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA, por una parte, como trabajador y PALMAS MONTERREY S.A., por la otra como empleador, desde el 4 de noviembre de 1981 hasta el 10 de julio de 2002, conforme a la parte motiva de la sentencia.

² Exp. digital: «01ExpedienteDigitalFolios1a32» págs. 2 a 3 y 25

³ Exp. digital: «03ExpedienteDigitalFolios34a48» págs. 2 a 11

⁴ Exp. digital: «10ContestacionDemandaPalmas20210326- 02ContestacionDemanda» págs. 2 a 11

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que una vez cobre ejecutoria el presente fallo, elabore el cálculo actuarial del señor JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA, con arreglo a las disposiciones de los Decretos 1887 de 1994 y 1833 de 2016, y, que corresponda a los servicios que prestó JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA desde el 04 de noviembre de 1981 hasta el 19 de mayo de 1986, y tomando como IBC de referencia el salario mínimo mensual legal, de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR a PALMAS MONTERREY S.A a pagarle a la administradora de pensiones COLPENSIONES, el valor del cálculo actuarial que se emita por dicha entidad a favor del demandante JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA, de forma inmediata, una vez se surta la notificación de la respectiva liquidación definitiva.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PALMAS MONTERREY S.A., a favor del demandante, dentro de los cuales se deberá incluir como agencias en derecho, el valor de un salario mínimo mensual legal vigente, que equivale a la suma de \$1.000.000 pesos m/cte. NO se condena en costas a Colpensiones por las razones explicadas en esta providencia.” (min. 30:13, índice 15 – subíndice 01).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de Palmas Monterrey interpuso recurso de apelación en el que expuso su inconformidad frente a la condena al pago al cálculo actuarial en forma exclusiva al empleador, precisando que esta determinación si bien se basó en la jurisprudencia traída a colación, considera que debe darse aplicación a las sentencias de la Corte Constitucional que regulan el tema y crean doctrina probable al respecto, así como también debe tenerse en cuenta fallos proferidos por la justicia ordinaria, en especial, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el que en uno de ellos modificó el pago del cálculo actuarial conforme al inciso 8° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, que establece que a los empleadores les corresponde sufragar el 75% de la cotización y a los trabajadores el 25% restante. En ese sentido, si bien fue acertada la decisión en lo que tiene que ver a la estimación del salario mínimo del IBC, solicitó que la decisión sea modificada y, en su lugar, se distribuya las cargas del pago del cálculo actuarial, ya que es un asunto supremamente desproporcional frente al principio de justicia y de equidad que toda la carga la asuma el empleador. Por otra parte, solicitó se revoque la condena en costas en su contra, en tanto que la responsabilidad al pago del cálculo actuarial se originó como consecuencia de una falta de previsión legislativa y no se trató de una conducta displicente ni negligente del empleador (min 43:42).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, determinar si corresponde a la empresa Palmas Monterrey S.A. el pago total del cálculo actuarial.

V. CONSIDERACIONES

Se advierte que se encuentra debidamente acreditado que entre el señor José Antonio Hernández García y Palmas Monterrey S.A. existió un contrato de trabajo vigente entre el 4 de noviembre de 1981 y el 10 de julio de 2002 (índice 01 pág. 5), tal como se definió en la decisión de primer grado sin reproche de la empresa demandada sobre este punto en alzada.

Tampoco fue objeto de reparo por la única apelante que Palmas Monterrey debe pagar a Colpensiones el valor del cálculo actuarial que se emita por dicha entidad, a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1981 hasta el 19 de mayo de 1986, tomando como IBC de referencia el salario mínimo mensual legal, razón por la que se mantendrá incólume en aplicación del principio de consonancia contemplado en el artículo 66 A del CPTSS, y por ser obligaciones a cargo de la referida demandada.

Al respecto el cálculo actuarial debe comprender el porcentaje que le corresponde asumir al trabajador en el aporte pensional, toda vez que como lo ha hilado de manera pacífica la jurisprudencia en torno a los casos de no afiliación, en esos periodos de no cobertura se mantiene en cabeza del empleador el riesgo pensional, de modo que no correspondía al trabajador contribuir en un porcentaje para su aporte pensional, en un caso similar, en sentencia CSJ SL673-2021, reiterada en la CSJ SL3847-2022, se concluyó:

“En consecuencia, para la Sala el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si se equivocó el ad quem al definir que el pago del cálculo actuarial estaba en su totalidad a cargo del empleador Weatherford South America GmbH.

Al respecto, encuentra la Sala que no le asiste razón a la recurrente en su cuestionamiento, debido a que el cálculo actuarial no es una proyección de cotizaciones o aportes de períodos anteriores como si se estuviera frente a una mora en la cotización, sino que equivale a parte del capital necesario para financiar una pensión; y aún, si se tratara de aportes, que no lo es, ya se ha dicho, lo cierto es que tampoco acompañaría la razón a la censura, porque el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece que *«El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador»*.

El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador, representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su

totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador.

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaban a cargo de los empleadores, fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador, o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente en cabeza del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa del empleado. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dádiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios al empleador.

Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020:

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional".

En ese sentido, es claro que la jurisprudencia de la Alta Corporación sostiene que, cuando existe omisión de afiliación al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del ISS, es el empleador quien debe asumir en forma total el pago de la reserva actuarial, toda vez que este tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, pues, en esos momentos estaban bajo su responsabilidad. De igual manera, advierte la Sala que el cálculo incluye todo el periodo laborado por el trabajador, respecto del cual el valor del cálculo actuarial debe ser asumido íntegramente por el empleador Palmas Monterrey, habida consideración de que el mismo parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, consagra que es el empleador o la caja quien debe trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente, representada en un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de tales sumas; de tal suerte, no es de recibo para la Sala la hipótesis expuesta por el gestor judicial de la enjuiciada Palmas Monterrey S.A. por lo que se confirmará en este aspecto la sentencia apelada.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, debe advertirse que estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual Palmas Monterrey S.A. no obtuvo sentido favorable frente al marco de las excepciones presentadas, teniéndola como responsable del pago del cálculo actuarial a favor del actor, lo que implica confirmar las costas indicadas en primera instancia.

Facultada bajo el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la orden impartida a Colpensiones, debe advertirse que ordenar a esta realizar el cálculo actuarial correspondiente a los aportes pensionales dejados de pagar por el ex empleador, implica el efecto legal que será Colpensiones la encargada de recibir y asignarle los efectos que correspondan en la historia laboral, por lo tanto, su trámite y aprobación resulta necesario para computar el periodo objeto de condena.

Conforme lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

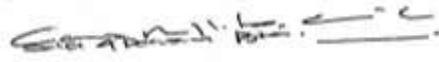
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de febrero de 2022, en donde es demandante el señor JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA y demandada PALMAS MONTERREY S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia dado el resultado de la decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

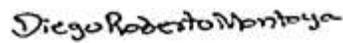
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f1cf88c4540d7678cafd8bbd01d86bb8d0a2222a5cf59c31de2d85ed903fcd9**

Documento generado en 31/05/2023 05:52:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 034-2018-00107-01

Demandante: HUGO YESID TOVAR UNDA Y OTROS.

Demandada: COSERVICREA LTDA., AXA COLPATRIA SEGUROS
DE VIDA, INGEURBE S.A.S.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá del siete (07) de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Hugo Yesid Tovar Unda, Dayanna Lizeth Tovar Cárdenas, Claudia María del Pilar Cárdenas y Analy Yena Tovar Cárdenas, presentaron demanda ordinaria laboral en contra de Coservicrea Ltda., Ingeurbe S.A.S y Axa Colpatria Seguros de Vida S.A., a efectos que se condene a la ARL Axa Colpatria a reconocer y pagar pensión de invalidez a favor de Hugo Yesid Tovar Unda en cuantía del 100% del IBL a partir del 02 de marzo de 2015, fecha del accidente laboral, junto con los intereses corrientes y moratorios; se indexe las sumas reconocidas. Igualmente solicitan, se declare que Ingeurbe en calidad de beneficiaria y dueña de la obra es solidariamente responsable de todos los emolumentos, condenas y demás derechos laborales. En consecuencia, se condene a Coservicrea Ltda., y solidariamente a la sociedad Ingeurbe a pagar la totalidad de los daños y perjuicios patrimoniales (incluyendo daño emergente y lucro cesante) daños morales y daño en vida y relación, demás sumas dejadas de percibir como consecuencia directa

¹ Debe advertirse que se presentó solicitud de sanción por no copiar correos de alegatos de la pasiva a la parte demandante, empero la misma no fue determinada para cuál de quienes conforman tal extremo, dada la indeterminación de la solicitud se considera prioritario dar lugar al respectivo análisis de la sentencia que determine la resolución del litigio planteado.

del accidente de trabajo; las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentaron sus peticiones, al indicar que Hugo Yesid Tovar Unda trabajó como guarda de seguridad desde hace 15 años, su familia está compuesta por su esposa Claudia María del Pilar Cárdenas, y sus dos hijas Alany Yelena y Dayanna Lizeth Tovar Cárdenas, quienes son mayores de edad; que toda su familia depende económicamente de él; desde el 2001 trabajó como guarda de seguridad en la empresa Coservicrea Ltda.; para el 2015 se encuentra laborando con Coservicrea Ltda. y fue envidado a prestar sus servicios, en un puesto de vigilancia (lote) de la constructora Ingeurbe SAS, horario de 12 horas turno 2x2; que las accionadas le informaron que, el lote no tenía luz ni energía eléctrica, en las noches debía usar linterna de dotación. Manifestó, que el 02 de marzo de 2015 en el ejercicio de sus funciones, haciendo la ronda se percató, que una de las habitaciones de la bodega se encontraba abierta, esto hacia las 7:00 a.m., razón por la cual decidió observar si había alguien; el lugar no contaba con ningún tipo de señalización y que desde que traspasó la puerta no recordó lo sucedido, pues sufrió un accidente de trabajo al ser víctima de una descarga eléctrica, pese a indicársele que no había energía eléctrica.

Afirmaron que, tanto la empresa de vigilancia como la constructora, no suministraron ningún tipo de dotación para el personal en zonas de construcción, ni trajes ignífugos, solamente el uniforme de vigilancia, que una vez ocurrido el siniestro laboral, fue remitido al Hospital Simón Bolívar, donde al señor Hugo Tovar le amputaron el brazo derecho, hasta la altura del hombro, tenía quemaduras de III grado, en general tuvo una afectación grave en todo el cuerpo; que el 21 de septiembre de 2016, Axa Colpatria calificó pérdida de capacidad laboral de 47.91%, que la Junta Regional de Calificación de invalidez emitió PCL el 21 de abril de 2017 del 57.72%. Anotó que, frente a la anterior decisión Axa Colpatria interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación; que la Junta regional de calificación mediante oficio LR 3447 indicó que, hasta que la aseguradora no pagara los honorarios no se podía emitir la apelación; con tal determinación se dejó el estatus pensional sin resolver; que se interpuso acción de tutela para que se cancelaran dichos honorarios; y finalmente la Junta Nacional de Calificación de invalidez emitió dictamen que confirmó la determinación de la Junta Regional; que a la fecha de presentación de demanda la ARL Axa Colpatria no ha reconocido pensión de invalidez.

El señor Hugo Tovar, recalcó que, debido al accidente laboral, no puede valerse por sí mismo, su esposa le ayuda a comer y a bañarse, utilizar el servicio de transporte público, que cuando trabajaba como guarda de seguridad devengaba un salario promedio de \$1.300.000, debido a su invalidez fue reubicado y desempeña el cargo de recepcionista en Coservicrea devengado para el 2018 \$781.242, lo que evidencia un desmejoramiento de las condiciones laborales; finalmente indicó que Coservicrea Ltda. no suministró dotación como botas, uniforme, casco y demás, para que prestara sus servicios de vigilancia en el puesto de alto riesgo, ya que era de construcción; que Ingeurbe S.A.S era la beneficiaria

del servicio prestado, y no advirtió debidamente el lugar de los hechos y omitió todo el procedimiento y protocolo para la prevención de accidentes de trabajo².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Coservicrea Ltda. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indicó que, respecto al accidente laboral, el señor Hugo Tovar desplegó una acción que no se encontraba dentro de las funciones asignadas y por tanto el empleador no tenía el dominio del hecho, que no fueron cables a la intemperie y lo acontecido fue por la decisión del accionante de ingresar al cuarto que se encontraba cerrado y que no era objeto de cuidado en el servicio de vigilancia. En tanto la actuación no tiene relación directa con el trabajo ni se presentó con ocasión a esa labor. Formuló como excepciones de mérito «*Inexistencia de culpa patronal*», «*Culpa exclusiva del trabajador por realizar labores no encomendadas*», «*Imposibilidad de control de riesgo*», «*Cumplimiento de las obligaciones laborales del empleador Coservicrea*», «*Prescripción de la reclamación laboral*», «*Cobro de lo no debido*», «*Buena fe*» e «*Innominada o genérica*»³

Ingeurbe S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumentó que no se dan los presupuestos de la normativa que orienta la figura de la solidaridad, en razón a que el artículo 34 de la legislación laboral. Agregó que, no es beneficiaria ni dueña de la obra en la que se suscitó el accidente laboral, lo que denota la inexistencia de cualquier solidaridad. Formuló como excepciones de mérito, «*Inexistencia de causa petendi por ausencia de solidaridad frente a Ingeurbe SAS*», «*Cobro de lo no debido por ausencia de solidaridad*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*Buena Fe*» y «*la genérica*».⁴

Axa Colpatria Seguros de Vida S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento que reconoció y viene pagando pensión de invalidez; respecto a la culpa patronal enunció que este no es un asunto que comprometa a la aseguradora. Formuló como excepciones de mérito «*Cobro de lo no debido*», «*Prescripción*», «*Compensación*», «*Pago*» y «*la genérica*».⁵

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta (34) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del siete (07) de octubre de dos mil dos (2021), resolvió:

“PRIMERO: Declarar que entre Hugo Yesid Tovar Unda y la demandada Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Limitada –Coservicrea Ltda., existió un contrato de trabajo vigente entre el 01 de diciembre de 2012 y el 02 de mayo de 2018, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar que existe culpa patronal atribuible a la sociedad Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Limitada – Coservicrea Ltda., en el accidente de

² (01.01 11001 31 05 034 2018 00107 Hugo Yesid Tovar Unda (fls. 345 a 363))

³ (Expediente digital índice 01.02 cd1 pag. pdf. 605 a 632).

⁴ Expediente digital índice 01.02 cd1 pag. pdf. 438 a 452-637).

⁵ Expediente digital índice 01.02 cd1 pag. pdf. 638 a 647).

trabajo ocurrido el día 2 de marzo de 2015, y en el cual el demandante perdió el 57,72% de la capacidad laboral.

TERCERO: Declarar la responsabilidad solidaria existente entre las demandadas Sociedad Ingeurbe S.A.S y la Sociedad Coservicrea Ltda., para el reconocimiento y pago de los siguientes valores generados por concepto de perjuicios derivados de la culpa patronal a favor de los demandantes. De la siguiente manera a favor de Hugo Yesid Tovar Unda:

- a) Por lucro cesante consolidado: \$46.326.021
- b) Por lucro cesante Futuro: \$104.672.155

CUARTO: Condenar a la Sociedad Ingeurbe S.A.S y la Sociedad Coservicrea Ltda. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales por la siguiente suma y a las siguientes personas:

Hugo Yesid Tovar Unda: 50 smlmv
Claudia María Del Pilar Cárdenas: 30 smlmv
Alany Yelena Tovar Cárdenas: 10 smlmv.
Dayana Lizeth Tovar Cardenas: 10 smlmv

QUINTO: Condena en costas procesales a las demandadas Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Limitada Coservicrea Ltda. y la sociedad Ingeurbe S.A.S, en un valor equivalente 5 smlmv en favor de los demandantes.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la pasiva. [...].”

Para arribar a la anterior determinación, el juez declaró que no existe duda frente a la relación de trabajo entre el accionante y la Compañía de Servicios de Vigilancia Privada, Coservicrea Ltda., lo que es materia de controversia es si el accidente de trabajo acaeció por culpa del empleador; la responsabilidad que debe configurarse es inminentemente subjetiva, además de establecer sobre quien recae la carga de prueba entendiendo que al trabajador o a quien considere tener interés jurídico para reclamar le corresponde probar la acción u omisión del empleador frente a las condiciones de seguridad que debe ofrecerse en el sitio de trabajo, previendo, como es su obligación, todas aquellas circunstancias que pudieran generar un riesgo, así sea leve, en la salud de los trabajadores, y es al empleador, a quien le corresponde probar que su conducta fue diligente, prudente y cuidadosa de las normas y reglamentos como corresponde a un buen padre de familia.

Expresó que la Resolución 2400 de 1979, establece la protección y aislamiento de zonas eléctricas, artículos 121, 131 y 132, sobre el particular el despacho evidenció que no existe prueba sobre la elaboración de un sistema de control para prevenir el riesgo eléctrico al cual estuvo expuesto el trabajador accidentado al ser asignado en sus labores al lote Class Roma, ya que, no se le informó acerca de la existencia de este riesgo.

En concordancia con la documental, los testimonios e interrogatorios, expresó que la empresa empleadora no actuó con la debida diligencia y cuidado respecto al trabajador accidentado, pues no verificó el cumplimiento de sus obligaciones legales, reguladas en los Decreto 295 de 1994 artículo 21, Decreto 1562 de 2012, ni en las Resoluciones 1348 de 2009, 2400 de 1979 y Resolución 2413 de 1979, en tanto, de los elementos de protección que le fueron suministrados al trabajador, ninguno estaba encaminado a la protección de un riesgo eléctrico como el que estaba afrontado en el lote Class Roma, igualmente, ese riesgo debió haber sido suficientemente advertido en la medida que el actor se desplazaba con frecuencia a hacer labores de inspección por una zona energizada que no contaba con suficientes elementos de protección, señalización y aislamiento, aunque la empleadora era consciente de que en esa zona del riesgo eléctrico por la dimensión de la caja eléctrica que había sido instalada por CODENSA, además, omitió su deber de capacitación sobre riesgos eléctricos pues no realizó inducción sobre cómo realizar las funciones y en qué condiciones desempeñaría su tarea, siendo obligación del empleador el cuidado y protección de sus empleados, como los debe tener un buen padre de familia.

Agregó que, si bien el actor no tenía que realizar ninguna manipulación en el cuarto donde se encontraban las cajas de energía, lo cierto es que dicho cuarto se encontraba abierto sin el sello o candado con el que, supuestamente, permanecía, y ese hecho al tratarse de un guarda de seguridad llamó la atención del demandante, quien tenía como función custodiar el lote, de tal forma, para el despacho resultó claro que la empleadora omitió observar de manera minuciosa todas aquellas condiciones que generaban un riesgo para el demandante, falta de suministro de elementos de protección necesarios, la planeación de protocolos, con una diligencia que le permitiera al demandante realizar un sondeo diario y constante sobre toda la zona de influencia de sus labores y especialmente sobre aquellos elementos que comportan la seguridad industrial frente a los peligros que genera la actividad laboral.

Indicó, no se encontró como prueba en este asunto, al efecto de vigilar el lote, que estuviese debidamente demarcado y señalizado y que dicha señalización si en realidad existió, se ubicaba dentro de un cuarto oscuro, pero no por fuera del mismo, además que el área no contaba con un cierre, sellamiento o mecanismo de aislamiento suficiente que sirviera de precaución permanente ante las labores de supervisión diaria que debía efectuar el demandante, además, que no obra prueba en el plenario, que demuestre que efectivamente fue el demandante quien abrió o rompió dichos candados, tampoco hay prueba de que se hubiere realizado un recorrido de reconocimiento del área de trabajo en la que aconteció el accidente para prevenirle de la existencia de los posibles riesgos laborales, ni que se hayan adoptado medidas de seguridad respecto de los cables de alta tensión que se encontraban ubicados dentro del cuarto perteneciente al lote en custodia.

Igualmente, se resaltó que aunque en la investigación del accidente de trabajo se determinó que al trabajador al parecer no siguió la instrucción dada en la manera como se la había indicado, ya que se dirigió a un cuarto de energía al cual no debía ingresar con un propósito distinto al hacer el recorrido, pues supuestamente intentaba obtener una fuente de energía para dar luz a la caseta donde

desarrollaba sus labores, lo cierto es que el empleador incumplió con su deber de cuidado y protección pues, no existió una supervisión de la tarea encomendada por el guarda quien llevaba pocos días en su puesto de trabajo lote Class Roma, tenía poca experiencia en el cargo y tampoco se hizo una planeación ni identificación explícita del riesgo eléctrico al cual estuvo expuesto. Igualmente, no se demostró que se le hubiera dado una inducción al trabajador acerca de los peligros a los cuales se hubiese podido enfrentar debido a su labor de custodia y cuidado del lote asignado.

Respecto a la solidaridad patrimonial existente entre la sociedad Coservicrea Ltda. e Ingeurbe, indicó que es evidente que la actividad en labores de vigilancia y custodia de un inmueble puede considerarse parte esencial a favor de Ingeurbe por su directa relación con el objeto social y las actividades propias de esta sociedad demandada encaminadas a urbanizar terrenos y a construir toda clase de obras sobre bienes inmuebles y obras civiles en general. Por lo que, no resultó necesario la demostración de la existencia de un contrato comercial para la prestación de servicios de vigilancia a efecto de romper los supuestos de solidaridad, cuando la labor personal desarrollada por el demandante per se, es prueba suficiente de la idoneidad para configurar la responsabilidad solidaria entre Ingeurbe y Coservicrea Ltda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Coservicrea Ltda. presentó recurso de apelación, manifestando que el juez primigenio aplicó indebidamente el artículo 216 del CST, el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social -CPTSS-, el Código General del Proceso, el Código Civil y demás Resoluciones indicadas en la sentencia, al dar por demostrado sin estarlo que la ocurrencia del accidente de trabajo se debió por culpa comprobada de Coservicrea, cuando en realidad fue por culpa exclusiva del trabajador, Coservicrea atendió las normas de salud y seguridad en el trabajo, ya que el señor Hugo Tovar no tenía que ingresar al sitio donde ocurrió el accidente, toda vez que sus funciones era las de vigilancia y recorrer el predio; no existe prueba que acredite que por haberse acercado a esa área se generó la descarga, tampoco existe prueba que el cuarto de Codensa estuviese abierto o sin los sellos de seguridad, concomitante a la ocurrencia de los hechos, al contrario, se demostró que lo que causó la lesión fue un contacto directo con la caja de fusibles *script*.

Dice que de las documentales allegadas al expediente folio 485 a 569, evidencia que Hugo Tovar ingresó a la clínica Simón Bolívar, epicrisis *“paciente masculino de 43 años de edad, quien el 02 de marzo sufre accidente con electricidad de alto voltaje, al entrar en contacto con caja de fusible de alta tensión...”*, esta es la primera prueba que desvirtúa que el hecho o el riesgo fue determinado; el accidente de trabajo ocurrió como exposición al riesgo eléctrico, todas las pruebas testimoniales y documentales dan plena certeza de que las labores desempeñadas por el señor Hugo Tovar eran relacionadas con los servicios de guarda y seguridad, es decir, sus funciones eran de observación y de solicitar el apoyo y refuerzo de seguridad al inmueble, pero no existe prueba documental ni testimonial que el señor tenía riesgo a la exposición eléctrica.

Da cuenta que la declaración de la señora Laura Bernal es clara y contundente en manifestar la existencia de capacitaciones al actor, entre esto el riesgo eléctrico y señalización en obras, que en ese cuarto se le indicó al actor que no se debía ingresar, que tenía los sellos y candados, y, por lo tanto, si existía la limitación y no se omitió las condiciones frente a este riesgo presentado; frente al suministro de los elementos de protección, enunció que la primera instancia hace una valoración inadecuada, porque se probó con los testimonios del señor Velásquez, Yudy Espitia, Sra. Sandra, y con la declaración de Hugo Tovar; que las funciones eran únicamente el de guarda de seguridad, por lo tanto, las resoluciones a las que ha hecho mención la primera instancia, que efectivamente el empleador debe entregar los elementos de protección de acuerdo a las funciones que desempeñe el trabajador, no frente a los riesgos que no se pueden prever como en este caso.

De otra parte, indicó que el cuarto estaba cerrado y sin probanza alguna, se ha manifestado que la exposición al riesgo eléctrico se debió a un cable, qué cómo se acreditó en las fotos tomadas no existió, sí que ocurrió contacto directo por el señor Hugo Tovar con la caja de fusibles. Tanto es así que, en la declaración del señor Velásquez, afirmó que encontró el reloj del demandante dentro de la caja de fusibles, es así que el señor Hugo Tovar ingresó al cuarto y abrió el *script*, así como lo dice el galeno y las leyes de la física, el accidente no ocurrió por la exposición y radiación eléctrica, hubo contacto directo y manipulación de la caja del *script*, quedó demostrado por los testigos y las fotografías, que tenían las señales de previsión de riesgo eléctrico; muy claro lo dijo el señor Daniel Velásquez en su declaración que el lote no tenía energía, pero que sí tenía energía en lo que va del poste a la caja del *script* y por eso eran cuartos cerrados y que como lo declaró la señora Yudy Espitia, la señora Sandra y lo reiteró Laura Bernal, que sí se le habían dado las instrucciones de que no debía ingresar, que había riesgo eléctrico y que estaban los avisos. Los indicios muestran que el demandante entró a manipular el *script* a su juicio y riesgo, sin estar en sus funciones la manipulación directa de este instrumento, cuarto no energizado, pues a este entraron bomberos y hasta la esposa del demandante.

Añadió, que se probó que el accidente sufrido por el accionado no es culpa del empleador, pues el hecho que lo generó fue responsabilidad y culpa exclusiva de la víctima, se expuso y ocurrió en extralimitación de sus funciones, realizó maniobra peligrosa de entrar al cuarto cuando se le había informado que el ingreso era prohibido e hizo caso omiso a los pictogramas de peligro. Además, quedó demostrado en la documental que con las versiones que brindó el señor Hugo a la señora Laura, que iba a sacar energía para la caseta y no requerirían energía, porque sus funciones no eran la de realizar ese tipo de conexiones para el servicio de energía, sus funciones no eran las de electricista y no se le había dado la orden para ingresar a ese lugar, que todo ocurrió por entrar al cuarto y hacer contacto directo con el *script*.

De las pruebas reseñadas, es decir, testimonios –tanto de la parte demandante como demandada- y documentales en conjunto, expresó que se concluye que las labores de vigilancia no están conectadas ni directa, ni indirectamente a la manipulación de redes eléctricas. El riesgo de la exposición eléctrica se hubiese dado si dentro de su recorrido hubiese tenido la obligación de pasar por fuentes

de riesgo eléctrico, lo cual no es cierto porque el cuarto de electricidad estaba cerrado, que así se puede concluir que la primera instancia dio por probado, sin estarlo, que el cuarto permanecía abierto y que esa fue una omisión por parte del empleador, cuando lo que dijo el señor Luis Velásquez fue que dentro de los recorridos siempre se constataba que se encontrara cerrado. Demandante que tenía experiencia frente a la vigilancia en obras.

Expone que Coservicrea probó la diligencia y la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de seguridad impuestas por el artículo 56 del CST; se acreditó la actuación diligente frente al cumplimiento de tales exigencias inherentes a su condición de empleador, por lo que los medios de acreditación que dieron cuenta de las capacitaciones, incluida la del 31 de enero de 2015. Al respecto dio cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha reivindicado históricamente en sus pronunciamientos una regla jurídica, en virtud de la cual por pauta general es al trabajador a quien le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero debe anunciar el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, circunstancia que no ocurrió, ya que el demandante no determinó cuales fueron esas obligaciones de cuidado y protección, solo indicó que no se le había entregado elementos de seguridad de energía, sin tener en cuenta que esas no son las funciones para las cuales se le había contratado. Que debe demostrarse la circunstancia concreta en la que ocurrió el accidente y que la causa eficiente de ese infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir el accidente, es decir, por parte de la aquí demandada. Dejando de aplicar el artículo 1604 del C.C., porque el cuarto estaba cerrado, guardas que no manejaban las llaves. Sin que se demostrara la falta en el cuidado y protección al actor, porque el riesgo eléctrico no correspondía a su labor, ni se le indicó que consiguiera energía eléctrica.

Finalmente asentó, no se puede castigar a la empresa por la imprudencia o curiosidad que tuvo el señor Tovar, al ingresar de manera voluntaria a un lugar que no debía ingresar, por las diferentes versiones que dio el actor frente al accidente, pues por cualquier anomalía, lo correspondiente era reportar para avisar a Codensa, lo anterior fue un hecho que se probó, porque los compañeros que hacían las mismas funciones acataron las indicaciones dadas por el empleador y no tuvieron accidentes de esta magnitud, sin que se le precisara que no había energía en el *script*, sino en el lote asignado. Reiterando que lo expuesto sobre el sitio después del accidente conllevaba a que existió contacto con el *script*, reiterando que se desconoció la documental y testimoniales, quien no tenía riesgo eléctrico y que el actor ingresó en forma arbitraria a esa instalación.

Por su parte la apoderada judicial de Ingeurbe SAS, interpuso recurso de apelación, manifestando que el a quo interpretó erróneamente los artículos 34 y 216 del CST, toda vez, que los elementos de protección que se deben proporcionar a los trabajadores, dependen directamente de la actividad que se desarrolle y dependiendo del riesgo al que se encuentran expuestos; en el presente caso, la función que cumplía el señor Hugo Tovar no exigía elementos para la manipulación de cables de energía, caso análogo de solidaridad no existente de las empresas de transporte a sus usuarias, como de la empresa de vigilancia frente a Ingeurbe

como empresa de construcción. Sin apreciar correctamente el interrogatorio de parte de la representante de Ingeurbe, para el momento del accidente de trabajo y no determinar adecuadamente al propietario del inmueble.

Sustentó que la Resolución 2400 de 1979 determina que es obligación de los empleadores suministrar los elementos de protección requeridos por los trabajadores y con las características adecuadas en la función del factor del riesgo; en ese sentido, ese carácter de “*factor de riesgo*” no obligaba al empleador a otorgar elementos para el riesgo eléctrico; dado que ese *script* identificado como de alta tensión, era propiedad de Codensa, faltando el deber de autocuidado del trabajador, al entrar a una caja de energía que no era de su propiedad, sin riesgo creado por el empleador, que el artículo 176 de esa misma disposición indica que todos los establecimientos de trabajo en donde los trabajadores estén expuestos a riesgos físicos o biológicos, los patrones deberán suministrar equipos adecuados de protección, según la naturaleza del riesgo, que por la labor de vigilancia no corresponde sobre energía eléctrica, ya que sin construcción lo que existía es un lote vacío, por lo anterior solicita se revoque la sentencia y se considere que el nexo causal entre el riesgo y la actividad para la cual fue contratado el demandante; las causa inmediata del riesgo y que este no fue un riesgo creado por el empleador.

Respecto a la solidaridad, indicó que, el objeto social de Coservicrea es la prestación del servicio de vigilancia fija o móvil, ese es el objeto social único y final, porque adquirir bienes muebles o inmuebles es para lograr el fin social que no es otro que la vigilancia, entonces, Ingeurbe como empresa de comercialización o demolición no podía tener conexión alguna con las labores de Coservicrea, esa es una interpretación no acertada que el despacho impartió al artículo 34 del CST (índice 19.2 min 2:00).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde en virtud de los recursos formulados por las accionadas, establecer si en la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el accionante señor Hugo Yesid Tovar Unda, el 02 de marzo de 2015, medió culpa del empleador, de ser así determinar si las demandadas Coservicrea Ltda. y Ingeurbe SAS, deben responder y de manera solidaria por las condenas impuestas en la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES

No es materia de controversia que el señor Hugo Yesid Tovar Unda desempeñó la labor de guarda de seguridad desde diciembre de 2012, al servicio de Coservicrea Ltda., a través de varios contratos de trabajo, que el 02 de marzo de 2015 en el desarrollo de su labor de vigilancia, al servicio de Coservicrea, sufrió un accidente de trabajo, en el lote Class Roma, teniendo una pérdida de la capacidad laboral del 57.72%, conforme lo indica el dictamen de PCL emitido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez (folios 51 a 53).

Ahora bien, en lo pertinente sobre sí existió culpa patronal en el accidente del 02 de marzo de 2015, se tiene en cuenta que la culpa del empleador se erige como elemento determinante para derivar la responsabilidad subjetiva de quien ha incumplido con una de las obligaciones esenciales que emergen de la relación laboral en brindar protección y seguridad a sus trabajadores, conforme lo prevé el artículo 56 del CST relacionado con la obligación especial que impone el numeral 2 del artículo 57 *ibid.*, consistente en “*procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud*”; es así, como la culpa que toma el artículo 216 del CST, para dar cabida a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios a cargo del empleador se equipara a la culpa leve de que trata el artículo 63 del Código Civil, definida como aquella falta de diligencia y cuidado que debe emplear un hombre en sus negocios propios, o inclusive, como la falta de cuidado que ejerce un buen padre de familia. Por esto, la culpa del empleador entraña un mínimo de protección, que debe estar apegada a las exigencias de la Ley y los reglamentos que propugnan por la adopción de un sistema de prevención de riesgos laborales al interior de la empresa empleadora, lo cual conlleva que el empleador esté obligado a diseñar una matriz de riesgos a través de la cual pueda tener conciencia de las contingencias a las que se ven expuestos sus trabajadores.

Es por lo anterior, que para poder detectar la configuración de una culpa del empleador se deben analizar los elementos de la responsabilidad en la ocurrencia de un siniestro, que contempla todos aquellos elementos básicos de la responsabilidad que acoge el derecho común, que corresponde a el accidente de trabajo o enfermedad profesional; la culpa del empleador; el daño o los perjuicios ocasionados a la víctima; esto es, la incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte ocasionada a un trabajador; y el nexo causal entre el daño y la culpa, supuesto que requiere que el perjuicio sufrido por el trabajador y/o su familia, sea el resultado de la culpa del empleador, es decir, que de haber este actuado con la diligencia y cuidado debidos, no se hubiera ocasionado el siniestro laboral.

Lo anterior denota una característica distintiva de la culpa del empleador, y es que el tipo de responsabilidad que de ella se deriva es subjetiva, caso en el cual se puede reclamar la reparación plena de perjuicios. En lo que atañe a la carga de la prueba, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral SL3815 de 2022, que reiteró CSJ SL12707-2017, se precisó:

“(...) La prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante o sus beneficiarios, según las reglas de la carga de la prueba, lo que significa que demostrada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, se genera la obligación de indemnizar al trabajador o causahabientes los perjuicios causados, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil la prueba de la «*diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», si el empleador pretende cesar o desvirtuar su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal como lo dispone el art. 1757 *ibídem*.

Frente a este aspecto puntual de la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, en sentencia de la CSJ SL13653-2015 del 7 oct. 2015, se puntualizó que «esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que *“...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...”* (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior *“...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores”* (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador o sus herederos le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores»”.

En torno a las obligaciones de cuidado y protección de los empleadores, en Casación Laboral (CSJ SL5154-2020) también se ha señalado que sobre el empleador recae “el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes”, que “desde la expedición de la Resolución 2400 de 1979 -artículo 2-, el Decreto 614 de 1984 -artículo 24- y la Resolución 1016 de 1989 -artículo 4 y siguientes-, se ha establecido que los empleadores deben ocuparse de ejercer actividades de prevención en relación con el medio en la fuente o en la persona”. Que conforme el artículo 2.2.4.6.24 del Decreto 1072 de 2015 que corresponde al artículo 24 del Decreto 1443 de 2014, se fundamenta en controles, por jerarquización de:

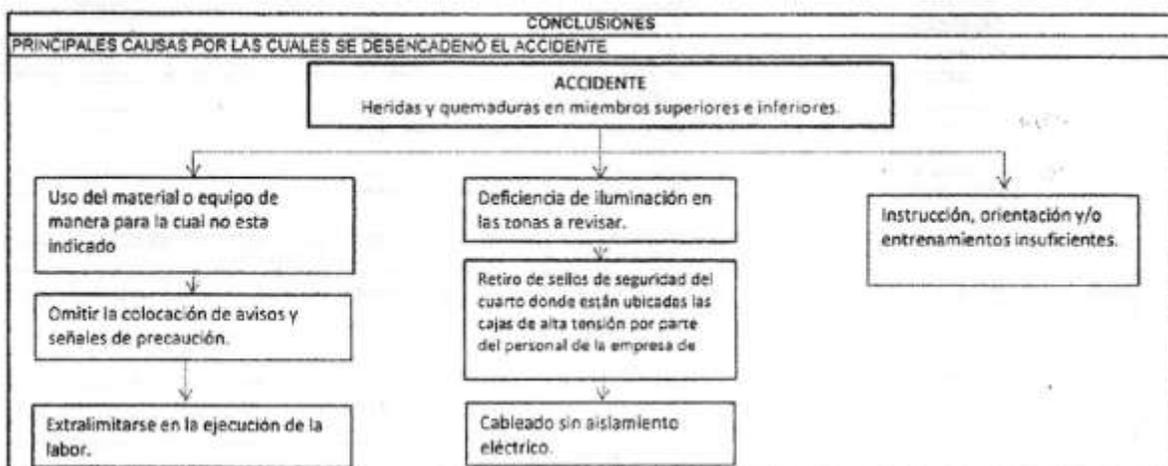
- “1. Eliminación del peligro/riesgo: Medida que se toma para suprimir (hacer desaparecer) el peligro/riesgo;
2. Sustitución: Medida que se toma a fin de reemplazar un peligro por otro que no genere riesgo o que genere menos riesgo;
3. Controles de Ingeniería: Medidas técnicas para el control del peligro/riesgo en su origen (fuente) o en el medio, tales como el confinamiento (encerramiento) de un peligro o un proceso de trabajo, aislamiento de un proceso peligroso o del trabajador y la ventilación (general y localizada), entre otros;
4. Controles Administrativos: Medidas que tienen como fin reducir el tiempo de exposición al peligro, tales como la rotación de personal, cambios en la duración o tipo de la jornada de trabajo. Incluyen también la señalización, advertencia, demarcación de zonas de riesgo, implementación de sistemas de alarma, diseño e

implementación de procedimientos y trabajos seguros, controles de acceso a áreas de riesgo, permisos de trabajo, entre otros; y,

5. Equipos y Elementos de Protección Personal y Colectivo: Medidas basadas en el uso de dispositivos, accesorios y vestimentas por parte de los trabajadores, con el fin de protegerlos contra posibles daños a su salud o su integridad física derivados de la exposición a los peligros en el lugar de trabajo. El empleador deberá suministrar elementos y equipos de protección personal (EPP) que cumplan con las disposiciones legales vigentes. Los EPP deben usarse de manera complementaria a las anteriores medidas de control y nunca de manera aislada, y de acuerdo con la identificación de peligros y evaluación y valoración de los riesgos.”

Siguiendo las pautas legales y jurisprudenciales, debe aparecer acreditado dentro del plenario como lo indica la Corte, las circunstancias que rodearon el siniestro, al respecto se aportaron como medios de convicción, los siguientes:

- Informe de investigación del accidente de trabajo de Coservicrea Ltda., en el que se indicó: *“lugar del suceso Bodega Clas Roma, hora del acontecimiento 7:30 am, descripción del accidente “ el día 02 de marzo de 2015, siendo las 7:15 am el guarda de seguridad se encontraba realizando recorrido de inspección por las áreas del predio (lote bodega clas roma), al pasar por el frente del cuarto donde están ubicados las cajas de energía de alta tensión, que se encontraban sin llave y sin sellos de seguridad, el guarda decidió entrar a verificar si de allí podía sacar energía eléctrica para la caseta que no tenía luz, al abrir la caja entro en contacto directo con un cable de alta tensión, el guarda recibió una descarga eléctrica que le provocó quemaduras de segundo y tercer grado en varias partes del cuerpo”, se especifica frente al reporte del accidente: “cuarto sin iluminación donde se encuentra ubicadas las cajas de alta tensión, las cuales están debidamente señalizadas con el pictograma de precaución de alta tensión. El cuarto eléctrico se encuentra ubicado dentro predio custodia...”. Informe⁶ que también indica como principales causas que desencadenó el accidente:*



-Evaluación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional emitido por Axa Colpatria, se observa motivo de consulta: *“paciente masculino de edad 43 años, dominancia diestro cargo guarda de seguridad, con antecedentes de AT*

⁶ al índice 01 Exp Digt. Pdf. Folio 17 a 18

02/03/2015 mientras estaba pasando revista y accidentalmente tiene contacto directo con cajas de alta tensión, presentado una descarga eléctrica con pérdida de conciencia, lesión en MMSS, es valorado en el Hospital Simón Bolívar...". (al índice 01. pdf 47 a 51).

-Historia clínica, ARL Axa Colpatria que refiere: *"circunstancia de modo tiempo y lugar en donde ocurrió el accidente de trabajo: AT 02 de marzo de 2015, trabajador refiere que estaba pasando revista y accidentalmente tiene contacto directo con cajas de alta tensión, con pérdida de conciencia, lesiones MMSS y Niega lesiones en cara..." (índice ibidem. pdf 127)*

-Capacitación: Reinducción sistema de gestión, sistema de gestión de calidad y seguridad y salud en el trabajo, que es el Copaso, funciones y miembros, clasificación riesgos según el puesto, condiciones, actos inseguros, protocolo de seguridad en obras, instructivo de emergencia, gestión ambiental, de fecha 31 de enero de 2015, el cual se observa la asistencia de señor Hugo Yesid Tovar. (índice 01. pdf 562)

-Capacitación del 03 de septiembre de 2014, Tema: Reinducción en seguridad y salud en el trabajo: que es seguridad y salud en el trabajo, que es riesgo, peligro que es una condición y un acto inseguro, principales factores de riesgo, que hacer en caso de accidente laboral, tips de prevención en accidentes laborales; calendada el 03 de septiembre de 2014. En el que se observa igualmente la participación del trabajador Tovar Unda. (índice 01. pdf 563).

-Acta de inducción del cargo de guarda de seguridad, donde se evidencia que al accionante se le informó, sobre el puesto de trabajo, programa de salud ocupacional, factores de riesgo prioritarios inherentes al cargo, presentación personal, uso y cuidado de dotación, entre otros (índice 01. Pdf 564 a 565).

-Capacitación de fecha 30 de agosto de 2014, sobre medidas preventivas de seguridad, en la cual participó el accionante, como se evidencia firma de asistencia. (índice 01. Pdf 566).

-Epicrisis por traslado primario, ingreso 2/03/2015 del accionante (índice 01. Pág. 569-572).

- Correo electrónico, central de monitoreo Coservicrea remitido a Yudi Espitia calidad@coservicrea.com, asunto accidente laboral del señor Tovar Unda Yesid, informó, a las 8:00 a.m. del 02 de marzo de 2015, el trabajador encontrándose en el puesto bodega Class, moduló por radio que sufrió un accidente en el puesto de trabajo, caída en el baño; el supervisor llegó, lo encontró en una silla al lado de la caseta acompañado de la esposa y le indicó que sufrió una descarga eléctrica se procedió a llamar a la ambulancia, con registro fotográfico (índice 01. Pdf 595-597).

-Interrogatorio de parte Hugo Yesid Tovar Unda, manifestó que laboró en Coservicrea en el periodo comprendido de 2001 a 2004 y de 2012 a 2018, como guarda de seguridad, jefe inmediato Daniel Velásquez, tenía turno de doce horas; que el 02 de marzo de 2015 se encontraba haciendo la ronda en puesto de trabajo,

en ese lote había un cuarto que siempre permanecía con llave, pero el día que llegó a su turno estaba sin seguro, ingresó al cuarto y hasta ahí recuerda; detalló del accidente de trabajo, que la puerta estaba abierta, que no tenía nada con que alumbrar, que la linterna de dotación no la cargaba porque no sintió la necesidad de llevarla, que entró pero no tocó el script, y no recuerda nada más del accidente, que Daniel Velásquez llegó tomó foto, pero no le hizo ninguna entrevista; expresó que las funciones asignadas por su empleador era únicamente de vigilancia, indicó que el cuarto no tenía señalización, que la última capacitación sobre puesto de trabajo fue hace seis meses; afirmó que no le dieron inducción, que el servicio que prestó en un lote grande ubicado en Kennedy, que el propietario del lote era Ingeurbe, el lote estaba destinado para hacer apartamentos; asentó que tuvo un choque eléctrico, porque en el cuarto había unos cables y no los pudo ver porque estaba muy oscuro, ingresó a tal cuarto y no se acuerda de nada, la empresa llamó una ambulancia y lo llevaron al hospital Simón Bolívar, donde estuvo dos meses y 7 días hospitalizado, le explicaron que tratarían de salvar el brazo izquierdo y tuvo terapia de rehabilitación aproximadamente un año. Aceptó que utilizaba reloj de pulso, que no tuvo información de qué funcionaba en ese cuarto y no entraba porque siempre estaba cerrado, sin saber que allí existía un script de Codensa. Interrogatorio donde el actor reconoce el registro fotográfico, respondiendo que no advirtió la señalización de alta tensión en el lugar, quien solo se dedica a cuidar lotes, sin tener relación a construcción (al índice 06.1 min 35:14). Se indica que se permitió en audiencia en fecha posterior que el demandante presentara declaración de parte a instancia de solicitud efectuado por su apoderado en la demanda.

-Interrogatorio de parte representante legal de Coservicrea Ltda. señora Astrid Lara Moreno, precisó que desde hace dos años es representante legal de la accionada, que conoció los hechos acaecidos el 02 de marzo de 2015, cuando asumió el cargo, indicó que el vínculo que tiene el accionante con la empresa, es laboral, que inició en febrero o marzo de 2012 en el cargo de guarda de seguridad, que Coservicrea se dedica a la custodia de obras; añadió que el señor Hugo se encontraba asignado al puesto de trabajo del lote, para prevención de ingreso de terceros no autorizados, no existían bienes en custodia, y dentro del lote reposaba un script de Codensa que estaba debidamente cerrado, donde estaba las señales propias de no acercarse, el cual no le correspondía custodiar, el señor estaba en turno diurno y reporta una caída, luego reporta descarga eléctrica. Posteriormente, los reportes afirman que el señor accede al sitio que estaba cerrado por Codensa y sufre una descarga eléctrica; añadió, los procedimientos que agotó Coservicrea para atender la emergencia reportada por el señor Hugo, se pone en marcha el protocolo correspondiente de aviso a las líneas de emergencia, es decir, bomberos, ambulancias y demás, se hace el reporte, traslado, reemplazo de la persona en el puesto de trabajo, reporte del accidente de trabajo e investigaciones correspondientes; los resultados que arrojó dicha investigación, fue el origen del accidente no es propio de las funciones asignadas al guarda de seguridad, porque, no tenía que acercarse al lugar del accidente y no estaba dentro de sus funciones custodiar el script. Por último, que la fuente de riesgo no es propia del guarda de seguridad; existen evidencias de las actas de capacitación que se le hace al personal, donde está él como firmante. Como la actividad de Coservicrea es el cuidado de las obras, están las actas de las capacitaciones en donde se les enseña

la señalización como de alto voltaje, huecos, irregularidades de terrenos, en los puestos de trabajo se da la inducción necesaria por los supervisores (al índice 06.1 min 2:18:38).

-Interrogatorio de parte del Representante legal Ingeurbe SAS (al índice 06.02 min 0:44), la señora Vilma Doris Avendaño Giraldo; sostuvo que suscribió Ingeurbe SAS tuvo contrato comercial con Coservicrea a efectos de desarrollar actividades de vigilancia en obras que se administran, como, por ejemplo: Fontibón, Restrepo y en Chía, contrato comercial que está vigente, y se sigue ejecutándose; adujo que el lote con bodega Class Roma no es de propiedad de Ingeurbe; resaltó que no tuvieron conocimiento del accidente de trabajo, solo con la notificación de la demanda; informó que tenía un convenio comercial para realizar un montaje de sala de negocios (ventas) con Sociedad Class Roma SAS, de la cual es accionista.

-Interrogatorio de parte de Dayana Lizeth Tovar Cárdenas hija del señor Hugo Tovar, refirió que él trabajó en Coservicrea hace 8 años, como guarda de seguridad, quien asumía los gastos del hogar, que tuvo conocimiento del accidente de su progenitor porque su madre le informó, que a partir del accidente sufrido el señor Tovar cambió su relación con él, porque se siente frustrado para realizar actividades cotidianas, necesita ayuda para realizar sus necesidades básicas (min 2:02:14, al índice 06.01).

- Interrogatorio de parte de Claudia Cárdenas, esposa del actor Hugo Tovar, asentó que él la llamó para que fuera porque le había ocurrido un accidente y que se encontraba muy mal, que cuando llegó allí abrió como pudo porque el brazo izquierdo lo tenía quemado con ropa y todo, y el brazo derecho botaba sangre, pero no sabía qué era. Que él le comentó que estaba pasando revista y que se desmayó, cuando reaccionó no se acordaba de nada y que había llamado a la empresa, llegaron los bomberos y los policías, y luego, llegó el supervisor señor Velásquez quien tomó unas fotos con su celular porque la empresa no le creía ya que en ese terreno no había luz, informó que el diagnóstico emitido por el Hospital, descarga eléctrica de alta intensidad y 15% del cuerpo quemado, Agregó que, que en el proceso de recuperación su esposo permanecía aburrido, enojado, deprimido, que antes del accidente era una persona activa, solo descansaba los domingos e iban a montar cicla. Señaló que, cuando llegó a auxiliar a su esposo, sin ver señales de advertencia, este no tenía radio ni reloj, radio en el piso que estaba ensagrentado, que luego llegó el señor Velásquez quien en ningún momento habló con Hugo Tovar, luego llegaron los bomberos y la ambulancia, que las funciones que tenía Hugo era de cuidar los bienes que le asignaba a la empresa (min 1:27:28, al índice 06.01).

-Testimonio de Carlos Zapata, quien en relevancia indicó que fue compañero de Hugo Tovar en el puesto de Mosquera y en Amarillo; como guardas de seguridad, custodiaban una obra, cumplían turno diurnos y nocturnos, que no le consta las condiciones en las que ocurrió el accidente de trabajo, porque estaba descansando, se enteró de lo ocurrido por la esposa; afirmó que Hugo prestó servicio de vigilancia en nombre de Coservicrea en un puesto de Ingeurbe cerca al barrio Roma; manifestó que Coservicrea suministraba capacitaciones generales antes de instalar el puesto o de presentar al trabajador, con consignas generales.

Afirmó que conoce la ubicación donde ocurrió el accidente de trabajo, “*pero no por dentro, solo la entrada*” (Min. 0:43:10, al índice 14.1).

-Testimonio de Gilberto Cabrera Muñoz, manifestó que es guarda de seguridad hace 17 años en Vigilancia Acosta, conoce a Hugo Tovar porque trabajaron juntos en esa empresa, indicó que tuvo conocimiento del accidente por la esposa del señor Tovar, pero no estuvo presente el día del suceso; ni conocía el lugar donde prestaba los servicios de vigilancia para el 2015, indicando que no conoce las políticas de cada empresa en relación con Coservicrea (al índice 14.1 min. 1:39:00).

-Testimonio de la señora Gloria Beatriz Tibaguy, señaló conocer a Hugo Tovar, porque fue arrendataria en la casa de él, explicó que la señora Claudia la llamó para que fuera por la bicicleta de ella a donde había ocurrido el accidente; agregó, que el sitio del accidente era un lote encerrado, cuando llegó vio que Hugo estaba acostado con heridas en las manos, lo estaban atendiendo los bomberos; precisó que en el lugar de los hechos, no había señalizaciones de electricidad, a pesar de que era un lote solo, únicamente estaba el cuartico donde él permanecía en la vigilancia, refirió que el cuarto del accidente, era un cuarto pequeño que era oscuro, donde cabe una persona, estando por unos minutos en el lugar del accidente, frente a la fotografía a folio 547, no vio esas imágenes en el lugar de los hechos (al índice 14.1 min 2:17:38).

-Testimonio de la señora Graciela Gutiérrez, indicó que es operadora de medios tecnológicos en Coservicrea, conoce a Hugo Tovar porque era guarda de seguridad, en el lote Class Roma, que ella fue la persona que atendió la llamada del extrabajador, quien le dijo que necesitaba la presencia del supervisor porque tenía una novedad en el puesto, le preguntó qué clase de novedad y solo dijo que necesitaba la presencia del supervisor, le insistió que si era algo grave y dijo que no que le enviara al supervisor, entonces, procedió a llamarlo por el celular, le volvió a preguntar la novedad, dijo que necesitaba hablar con el supervisor, y le volvió a insistir porque dependiendo de la novedad hay que informarle al cliente o al jefe; me respondió que se había caído en el baño, ahí fue cuando le dijo que ya le enviaba al supervisor, le comenté la novedad al supervisor en turno era el señor Velásquez; luego de informarle al supervisor, minutos más tarde, lo volvió a llamar para ver cómo se sentía y ya se le dificultaba hablar, luego le comentó que lo había cogido la corriente; resaltó que sus funciones como operadora era pedir reportes del personal en turno, atender novedades cuando alguien se accidenta o cuando faltan al trabajo, verificar cámaras y atender requerimientos de los supervisores de los puestos, cuando ocurre un accidente se recibe la novedad, se procede a relevar junto con el supervisor, realiza un informe el cual va dirigido al departamento de calidad, gestión humana y jefe de operaciones. En caso en que se necesiten ambulancias las llama, al caso solicitó llevar un relevo al puesto para cubrir el servicio, también dio cuenta del trámite para la llegada de personal de Codensa al lote y reiteró sobre los protocolos del área a su cargo, en estos llamar ambulancia, lo que se dio cuando el supervisor llegó al lote y le comunicó lo sucedido (al índice 14.1 min 2:53:57 e índice 14.2 continua).

-Testimonio Fray Alberto Cataño, quien conoce al demandante hace 15 años, cuando trabajó en el Grupo Acosta Ltda. 2006 y 2008, realizaban las funciones de guardas de seguridad en el Ministerio de Transporte; afirmó que nunca trabajó en Coservicrea, tuvo conocimiento del accidente de Tovar Unda, porque la familia le contó y como viven cerca lo visitaba, siempre mantenía en comunicación con él, un día lo llamó y la señora Claudia le comentó que se encontraba en la UCI, indicó que no conoce el lugar de los hechos, nunca ha estado allá, asentó que desde el accidente de trabajo Hugo se ha visto afectado, pues era una persona que compartía en familia y salía a montar bicicleta pero desde el evento nunca más realizó dicha actividad, Agregó que, respecto al accidente el señor Hugo le comentó que estaba pasando revista, abrió una puerta y hasta ahí se acuerda. Dio cuenta de diferentes empresas de vigilancia que pertenecen a un mismo grupo (al índice 14.2 min 0:30:04).

-Testimonio de Laura Fernanda Bernal Cárdenas, refirió que es profesional de salud ocupacional, que trabajó para Coservicrea hasta el 2019, como coordinadora de sistema de gestión y salud de trabajo y calidad, que conoce al extrabajador, porque desempeñaba funciones como guarda de seguridad en un lote de custodia que se llama Class Roma, que tenía turno rotativo de 12 horas, la jefe inmediata era la señora Andrea Espitia directora de operaciones; resaltó que Hugo Tovar participó en varias capacitaciones de la empresa, enfocadas en los riesgos de los puestos de trabajo incluidos los que tienen que ver con la corrientes eléctricas, las capacitaciones las facilitaba la ARL, supervisores y la coordinadora de SGSST, respecto del accidente de trabajo del 02 de marzo de 2015 manifestó que se produjo en un lote, donde él tenía que realizar unos recorridos y trabajo de observación. En ese momento el señor sufrió descarga eléctrica por entrar en contacto directo con un script o cuarto de alta tensión, ese cuarto tenía señalización de riesgo eléctrico y también un candado, indicó que el actor se le suministró equipo de dotación para el puesto de trabajo, overol y botas de seguridad, no se le entregó casco, pues no se realizaba construcción, no se suministraron guantes aislantes porque no se requerían. Expresó que, la investigación del accidente arrojó que el cuarto sí tenía el candado, pero fue retirado para que el pudiera entrar a ese lugar, una ambulancia le prestó primeros auxilios con trasladó a centro hospitalario, del cual se generan secuelas.

Afirmó que elaboró el documento de capacitación 31 de enero de 2015, para el personal en servicio de Coservicrea, reinducción a todo el sistema de gestión, respecto al sistema de seguridad y salud en el trabajo, la política del COPASS, funciones, y otra parte los riesgos del puesto de trabajo, capacitaciones donde participó Hugo Tovar.

Por otro lado, informó que se suministró capacitación al señor Hugo sobre clasificación de riesgos en el puesto de trabajo, se le explicó los riesgos a los que están expuestos, como físicos, ergonómico, psicosocial, locativos, eléctrico, se hizo sugerencias frente a los pictogramas y las señalizaciones que se encuentran en las obras, que deben hacer en caso de encontrarse con una, si están señalizados es porque representan un riesgo a la salud.

Mencionó que, la empresa hace una evaluación en el puesto de trabajo y se levanta matriz de riesgo en el sitio, los riesgos que se encontraron en el lote Class Roma, se le indican al trabajador, las condiciones locativas, y los factores de riesgo físico, eléctrico, ambientales, ergonómicos, generalmente se les da esa advertencia del riesgo eléctrico como prevención, en cuanto algún tipo de conexión eléctrica que ellos pudieran tener en su puesto de trabajo, pero este no es el caso, porque sus funciones no están vinculadas con la manipulación de energía, que ese lote no tenía energía eléctrica, adicionalmente el cuarto de alta tensión no era de custodia, eran de la empresa de energía Codensa, si estaba ahí, pero no debía realizar ninguna labor en este lugar, dentro de la capacitación de riesgos se le indicó que en ese lugar estaba un “cuarto” de alta tensión y que dentro de sus funciones solo estaba observar, se le indicó que cuando hay una señalización de peligro, de prevención, o prohibido el paso, ello indica que puede ocurrir un accidente de trabajo, actividad del demandante que no tenía relación con manejo eléctrico.

Anotó, que el documento investigación de accidente es una descripción del siniestro, y se realizó con el reporte del supervisor que atendió la novedad y lo que el trabajador reporta a la central tras haber sufrido el accidente, son las versiones iniciales. También señaló que fue a visitar al trabajador en el Hospital Simón Bolívar, que Hugo Tovar dijo que estaba realizando un recorrido, ingresó al cuarto eléctrico porque quería sacar energía de ese lugar para la caseta que no tenía luz. Él manifiesta que entró en contacto con la puerta y de ahí no recuerda nada más, lo que sucedió hacia las 7:30 a.m., cuarto que estaba cerca a la caseta de los guardas de seguridad, guarda que llevaba un mes, sin que la capacitación indicada lo fuera cuando el actor estaba en el lote Class Roma, siendo capacitado por el supervisor para ese puesto de trabajo, precisando que en el lote como tal no se tenía energía, quien no debía ingresar a ningún cuarto existente en tal lote, que al observar irregularidad en aquellos cuartos debía solicitar apoyo antes de actuar solo. Respondiendo sobre el reporte de accidente de trabajo, en ítem condiciones inseguras, que se identificaron actos inseguros del trabajador y entrenamiento insuficiente sobre riesgo eléctrico porque no está relacionado a la función del trabajador y que quienes lo suscribieron trabajan en la empresa demandada.

Aclaró que el cuarto donde ocurre el accidente tenía un candado, pues es propiedad de la empresa de energía Codensa, por tanto, las llaves, están en poder de aquella, tampoco estaba expuesto a un riesgo que conllevaran uso de traje ignífugo, declarante que recibió correo sobre la ocurrencia del accidente, expresando que después del accidente el supervisor la contacto para ayudar a contactar ambulancia por descarga eléctrica, demandante que después del accidente fue reubicado en instalaciones administrativas, según recomendación del médico de ARL. Indicó que el acceso al cuarto de Codensa era por el lote. Que el ingresó de ella a Coservicrea fue en 2016 y en 2014 a 2015 prestó asesoría a esta como funcionaria de la ARL Equidad, sin que la ARL emitiera recomendación para el actor por riesgo eléctrico, como tampoco la ARL generó recomendación antes del accidente frente a la labor del actor, no existiendo otros casos de descargas eléctricas para guardas en el tiempo que estuvo (al índice 17. Min 23:32).

-Testigo señor Luis Daniel Velásquez Torres, señaló que es supervisor de la empresa de vigilancia privada, Coservicrea, desde hace 22 años, conoce al actor porque estaba a su cargo en los años 2008, 2010, 2015, que era guarda de seguridad, cuidaba lotes y obras; en lo atinente al accidente de trabajo asentó que ese día estaba como supervisor encargado, la operadora le comunica que el señor Tovar le había reportado accidente en el puesto, que lo había cogido la corriente, como conocía el lugar donde él estaba, indicó que eso no podía ser cierto porque en ese lugar no teníamos energía, sí dos cajas de alta tensión pero eso permanecía sellado y con candados, al llegar fue la esposa quien le abre y el actor le dijo que era un cable que lo había afectado, que con los bomberos siguieron los rastros de sangre, en el lote había una caseta a 5 metros de su garita y encontraron que el actor había entrado al cuarto donde se encontraba un script, sin saber cómo hizo para ingresar, pues mantenía con una llave de seguridad que está en custodia de Codensa; narró que, los bomberos fueron los primeros que ingresaron a la caja, cuando ocurrió el accidente él trató de cerrar la puerta porque tenía sangre, y al abrir para verificar también había sangre, donde estaba el script había una parte del reloj que el usaba y la otra estaba afuera en el cuarto, que ahí fue donde posiblemente ocurrió el accidente, la labor de los guardias del lote era pasar revista en cambio de turno con cualquier novedad, pero no tenían que tocar ningún candado porque eso se veía desde el lugar donde ellos estaban, que debían vigilar que eso mantuviera cerrado bajo custodia y no tenían ingreso para abrir ahí. Cree que para que ocurriera el accidente Hugo Tovar tuvo que abrir esa puerta porque eso permanecía cerrado, cajas que tenían señalización de corriente alto riesgo, quien tomó fotografías de la caja donde fue el accidente, sin interruptor para cerrar energía, que ese lugar estaba sellado, pues antes había energía pero Codensa selló eso, quedando energía de calle hacia la caja, pero era un cuarto de alto riesgo, indicando que por su peligro no lo podían tocar, indica que el demandante antes estuvo en obras y en días en capacitaciones, creyendo que el actor tenía muy claro lo que no podía hacer.

De otra parte, manifestó que al hacer las asignaciones en el lote Class Roma se le realizó un recorrido y se identificaron las zonas de riesgo eléctrico, luego cuando llega la nueva unidad, se hace una inducción y recorrido, se les dice dónde pueden estar y donde no, aunque en este caso, el testigo no hizo la inducción, que al demandante le fue suministrada dotación de seguridad personal acorde al lugar donde debía cumplir sus funciones, como botas, linternas, casco, tapa oídos; que solo estaba alumbrado público y linternas, también indicó, en referencia al folio 510 a 511, correo del 2 de marzo de 2015, ser este su correo donde él realizó un reporte de lo ocurrido y lo remitió al departamento de operaciones de la empresa, junto con fotografías, indicando que en estas aparece la caja de script de alta tensión dentro del cuarto y que existe otra puerta fuera, las que tenían los signos de alta tensión, que dentro de esa caja en fotografía vieron las partes del reloj, indicando que en la puerta del script y cerca estaban las manchas de sangre. Indicó que a ese cuarto los primeros que ingresaron fueron los bomberos y el testigo estuvo ahí en presencia con ellos, ellos que indicaron que eso podía llegar a 34.000 voltios y era un milagro que sobreviviera, sin haber visto cables y que la luminosidad era hacia las 7:30 de la mañana, dado que es un cuarto pequeño de 2 metros cuadrados y al abrir la puerta ahí se ve la caja, que él testigo al llegar, la puerta del cuarto ya la habían dejado cerrada con manchas de sangre y cuando entraron, la

caja de cuchillas ya estaba abierta, sobre la fotografía referente a unas cuchillas allí encontró parte del reloj, después de referir que el actor tenía turno de 12 horas, y el testigo como supervisor era encargado de obras y lotes de la calle 26 al sur, que el servicio a Class Roma lo habían acabado de recibir, como hace tres meses, indicando que lo primero que se hace es un estudio de seguridad, reiteró que se hace inducción, guardas que sabían que en puesto no había electricidad y se les indica los cuartos que están sellados, cuarto que no tenía electricidad o iluminación, pues del script hacia dentro no tenía energía, cuarto que se mantenía con un candado y que los señores de Codensa le dijeron que cómo hicieron para abrir la tapa del script si esa llave solo la tenían ellos, quienes llegaron como dos horas después, reconoció haber firmado el reporte de accidente de trabajo a folio 17 a 18, relató sobre el kit de primeros auxilios, que no lo utilizó pues al ver la situación llamó a solicitar apoyo, personal de bomberos que sí pudo haber utilizado elementos de tal kit, reitera que no tenían orden de ingreso a cuartos (índice 17. Min 1:37:13).

-Testimonio de Sandra Liliana Diaz Rodríguez, es ingeniera industrial especialista en sistemas de gestión, trabaja en dicha área en Coservicrea, informó que al actor se le capacitó, en seguridad y salud en el trabajo, en riesgos en los que están expuestos como: eléctricos, locativos, químicos y ergonómico, la capacitación al riesgo eléctrico, son sesiones de 2 o 3 horas, la imparte Laura Bernal; igualmente manifestó que fue previamente al lote Class Roma toda vez que, dentro de las funciones del área, visita los puestos para hacer la identificación de peligros, cuando inician y por lo menos una vez al año, que al accionante se le advirtió de las cajas de unidades de alta tensión, se le dio instrucciones claras de no ingresar, que los recorridos externos por área, sin tener que ingresar. Con identificación de las matrices de riesgo del puesto, con registro de inducción y previo al cambio de puesto. Refirió los elementos de protección de acuerdo con la identificación de peligros. Que conoció del reporte del accidente de trabajo el 2 de marzo de 2015, quien hizo conexión con la ARL para conocer el sitio de traslado médico según lesiones reportadas.

Agregó que, participó en la investigación del accidente de trabajo, que el procedimiento es conformar el equipo de investigación, esto es, el jefe inmediato, sistemas de gestión, miembros del comité paritario; se distribuyen las tareas; se realiza la investigación al sitio, recopilan la información del jefe inmediato, y también de la persona que sufrió el accidente, con base en esa información se realiza el formato con los lineamientos y así se identifican las causas, que se da por descarga eléctrica al entrar en contacto con el script, en el cuarto eléctrico.

Considera que existe una extralimitación de funciones, toda vez que, se le habían dado las instrucciones claras de sus funciones donde no era una función el ingreso al cuarto; existe exceso de confianza al hacer caso omisión de las señalizaciones del riesgo eléctrico con esa omisión de las normas de seguridad. Relató las secuelas del accidente y recuperación de las lesiones, para el proceso de reintegro, relata que la descripción del accidente es la información principal que obtienen del trabajador, ya que no hay testigos, entonces se procede a hacer una visita al señor Tovar y tomar su declaración, pues es quien le consta como ocurrió. Respecto a la página 17 del expediente, sobre informe del accidente de trabajo,

reconoció su firma, precisa que sobre la descripción del accidente del trabajo, es la información inicial que se tiene por parte del trabajador y sobre la descripción del lugar donde ocurrió el accidente de trabajo, se fundamentó en el conocimiento previo y con visita posterior, precisó con actos inseguros sobre uso de material y equipo para el cual no está indicado, se refiere a un lugar del lote donde no está indicado que deba ingresar para manipulación de esos tableros, que no debía acceder y el extralimitarse, lo que corresponde a salirse de esas funciones por abrir el cuarto donde existe un riesgo eléctrico con exposición al peligro y que con omisión de avisos y señales, se refiere a que en la parte exterior está el riesgo eléctrico, que indica que no debe haber ingreso ni manipulación, y que para ingresar se omitió por parte del trabajador esas señales. Sobre iluminación inadecuada, refiere a lo que se obtiene de la versión, por la declaración de conseguir iluminación para la noche, pues el accidente fue de día y claramente había iluminación. Frente a -sin aislamiento eléctrico- porque se quitaron los candados para poder acceder o que cuando ingresó ya no estaban esos candados, además que cuando ingresó ya no estaban esos sellos, aunado el exceso de confianza y falta de interés para mantener la seguridad, pese haber sido informado. Por ítem instrucción, orientación y/o entrenamientos insuficientes expresó que se relacionó porque se dio capacitación, pero a pesar de eso no se cumplen normas de seguridad, y se identifica para que la capacitación sea efectiva. Relató que conocieron la epicrisis emitida por el Hospital Simón Bolívar, donde se relató como se causa la descarga eléctrica al entrar en contacto con los tableros del script. Precisó que infieren que el retiró de los candados fue una de las causas, sin indicar que fuera el actor quien lo realizó.

También manifestó que en el lote no había energía, porque en el puesto no se utiliza energía y como no había acceso al cuarto no había posibilidad de una descarga en condiciones normales, que el cliente era Ingeurbe sin poder precisar la parte comercial, que la energía no es un necesaria para prestar el servicio de vigilancia y la empresa suministra los elementos que se requieren, garantizando el agua y baño, precisando que frente a los actos inseguros, no existen funciones con ingreso al cuarto con exceso de confianza. Que sobre la falta de instrucción, si bien esta se dio al trabajador, se deja así enunciada para evitar accidentes a futuro, para buscar mayor contundencia en las capacitaciones. Además de las capacitaciones, indicó las de los supervisores con consignas específicas de cada puesto, expresó que para ingresar al cuarto se tenían que haber retirado los sellos y candados. Precizando que se realizó matriz de peligros en el puesto.

Refirió que el actor fue reubicado bajo recomendación de la ARL, sin tener conocimiento precisó respecto de inicio y fin del contrato de trabajo, relató que el actor había estado en obras, donde se hace advertencia que ellos no pueden hacer otra actividad para la que no fueron contratados, como tampoco acceder ni siquiera a los tacos de un edificio que no son de alta tensión. Precisó que la capacitación del 31 de enero de 2015 fue por asignación al actor a un nuevo puesto.

-Testimonio de la señora Yuri Patricia Espitia Ramos, refirió que es gerente de operaciones en Vigilancia Acosta Ltda. y fue directora de operaciones entre 2008 a 2017 en Coservicrea, en el momento del accidente de trabajo de Hugo Tovar fue quien direccionó la atención, indicó que recibió la llamada a través de la central

informándole que había ocurrido un accidente, solicitó la presencia de un supervisor, para que estuviera pendiente de la llegada de la ambulancia; la información que tuvo sobre las condiciones del accidente, fue sobre una descarga eléctrica, trabajador que primero manifestó haberse caído del baño, y como no había claridad sobre el accidente se envió un supervisor; se procedió a llamar al supervisor quien informó que el señor tiene unas quemaduras de alto nivel, le envían unas fotografías y la prioridad era la atención médica del señor Tovar, se hace el reporte y seguimiento en salud ocupacional, de la cirugía que le hicieron, que ya después de cierto tiempo, como gerente de operaciones se le informó que debía ser reintegrado, con el área de gestión humana organizaron para reintegrarlo en el área administrativa pero igual realizando funciones de vigilancia.

Informó que, la función exclusiva del señor Hugo Tovar, era la custodia del lote, quien tenía experiencia como guarda de seguridad de lotes y obras; el trabajador debía seguir unas consignas en el lote Class Roma para el control de ingreso de la puerta y no podían ingresar a los cuartos que allí existían porque todos estaban con sellos de seguridad, donde se encuentran unos cuartos de Codensa, pero están con candados, que para todos los vigilantes la indicación era que no podían ingresar a esos cuartos. Ellos ya habían manifestado el tema de la energía, pero se recalca que no podían hacer conexiones de lotes aledaños y no podían ingresar a ningún cuarto, dichos cuartos tenían unas señalizaciones de riesgo eléctrico y en efecto ya había ingresado personal de Codensa para hacer revisiones; aclaró que Codensa no tiene ninguna relación con Coservicrea para realizar la custodia de esos cuartos; afirmó que dicha empresa de energía nunca facilitó a Coservicrea llaves para el acceso al cuarto.

Aseguró que el extrabajador, era una persona antigua en la compañía, cree que ya había trabajado con una empresa del grupo, llevaba más de 3 o 4 años. Como directora de operaciones tomó la decisión de enviar en traslado al señor Tovar porque se generaba un tema de confianza, es decir, se conocía su trabajo en la realidad y en ese lote no había energía ni elementos electrónicos que facilitaran el control personal o cámaras de seguridad, por ende, se designa una persona de confianza para custodiar unos elementos que estaban en los cuartos y podían ser de mayor valor. Sin conocer en ese momento la finalidad del lote, sin demoliciones en ese momento y con autorización al personal de Codensa para su ingreso, precisó que no tenían relación con esta empresa y tampoco sin tener custodia directa sobre estos cuartos de alta tensión, que los guardas no tenían energía eléctrica para sus labores en la prestación del servicio, y que esto no incidía en confianza del trabajador para haber ingresado al sitio del accidente, pues era conocido que había un cuarto de alta tensión, refirió no conocer la investigación a fondo del accidente que se realiza por otra área, actor a quien se le entregó elementos de protección personal, sin que en el momento del accidente existiera construcción en el lote, sin que la ARL recomendara elementos de protección eléctrica para los guardas ni después del accidente de trabajo (al índice 17.1 Min 0:27:03).

Luego de analizar en conjunto los medios probatorios, debe destacar esta Sala, que existe debate probatorio en torno a si el empleador efectuó los debidos actos de cuidado y protección en torno al riesgo suscitado por la existencia de una

instalación de energía eléctrica de alta tensión, dentro de un cuarto al interior del lote en el cual el trabajador demandante prestó su labor como guarda de seguridad. Al efecto valga, recordar que los actos inseguros o imprudentes que pudo cometer el trabajador no eximen al empleador de su culpa ni tampoco conducen a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios, si aparece demostrado que éste faltó a sus deberes o controles, en aras de evitar o prevenir accidentes laborales (CSJ SL4277-2020 y CSJ SL2335-2020).

Descendiendo al caso de autos, encuentra la Sala que el reproche central de los recursos de apelación, se encamina a establecer, que no hubo falta de capacitación del demandante en la labor que estaba ejecutando cuando sufrió el accidente de trabajo, que la empresa cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia en relación con el accionante, conllevando un acto propio del trabajador.

Al respecto sea indicar que también ha sido tesis de la Alta Corporación en esta especialidad, que si bien corresponde al trabajador demandante demostrar suficientemente la existencia de una culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, también que cuando se alega una falta de cuidado y protección por parte del empleador, corresponde a este demostrar que efectuó los actos debidos y suficientes en aras de evitar el siniestro y que si existió omisión, esta fue determinante para su ocurrencia, conforme se indicó en sentencia SL2906-2020:

“En tal sentido, la Corporación ha recabado que por regla general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del CPC y 1604 del CC, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Sentencias CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre otras).

Lo anterior no significa, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque como lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del Sistema de Riesgos Laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y «[...] que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente [...]» (sentencia CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656).”

Conforme lo anterior, al verificar la prueba documental, a la que se hizo alusión, se encuentra investigación del accidente de trabajo (índice 01. pág. 17 ó fl. 13) donde se indica que existió extralimitación de la labor, también enuncia omisión de colocación de avisos y señales de precaución, deficiencia de iluminación en las zonas a revisar e instrucción o entrenamientos insuficientes, con ello en primera medida se pudo colegir que los factores y condiciones, en la que se encuentra el

cuarto de propiedad de Codensa, que está ubicado en el predio que era vigilado por el accionante, no mantenía suficientes medidas de prevención que pudieran mitigar los riesgos de un accidente laboral, máxime cuando de pleno conocimiento del empleador Cooservicrea, que este era un cuarto con energía en alta tensión.

Por otra parte, en la evaluación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional emitido por Axa Colpatria, quedo registrado que el motivo de consulta del accionante fue: cuando se encontraba pasando revista tiene contacto directo con cajas de alta tensión, presentado una descarga eléctrica con pérdida de conciencia, lesión en MMSS, es valorado en el Hospital Simón Bolívar...". (al índice 01. Pág. 47 a 51), ello permite colegir, que el actor se encontraba en ejercicio su actividad laboral, esto es, vigilando el predio Class Roma y al entrar en contacto o proximidad con las cajas de alta tensión se produjo el accidente, teniendo pérdida de conciencia y posiblemente de memoria inmediata a los hechos.

En este punto es pertinente resaltar que si bien cuando el actor reportó, el accidente indicó que se había caído en el baño, luego comentó que lo había cogido la corriente; y posteriormente cuando se le entrevistó en el hospital manifestó que se produjo por intentar sacar electricidad del cuarto de alta tensión ubicado en el terreno en custodia, tales aseveraciones se tomaron a una persona en medio de la conmoción de un accidente con riesgo vital, solo demuestran que fue tan fuerte el impacto por descarga eléctrica que perdió la conciencia, pudiendo alterar el dicho de las condiciones en que ocurrido el accidente, sin embargo lo que sí resulta veraz es que tal descarga se produjo al acercarse a tal cuarto y caja de alto voltaje, sea por contacto directo o por proximidad formando arco eléctrico, que se encuentra en el lote para el cual fue contrato como vigilante.

Respecto a las capacitaciones obrantes (folios 562 a 566, índice 01), si bien no se desconoce que las mismas tenían por objeto informar a los trabajadores la clasificación riesgos según el puesto, condiciones, actos inseguros, protocolo de seguridad en obras, instructivo de emergencia, gestión ambiental, que es una condición y un acto inseguro, principales factores de riesgo, qué hacer en caso de accidente laboral, "tips" de prevención en accidentes laborales; con ello no se logró acreditar que el empleador Coservicrea S.A., hubiese implementado una capacitación determinada, concreta y específica en torno a los cuartos con riesgo de estar energizados y sobre todo a alta tensión, como también en el contexto de posibles amenazas de seguridad por terceros, y en especial sobre la certeza informada y soportada de haberle brindado al demandante información de que tales elementos sí se encontraban energizados en alta tensión y las medidas determinantes de cuidado frente a tal condición, ello como medida de prevención de un eventual accidente de trabajo; que incluso evitaran al trabajador que tratando de creer ser diligente en su labor de vigilancia y verificar que no existiera elementos extraños o faltantes en un cuarto que se mantenía cerrado, el que solo con acercarse a auscultar pero sin contacto, aunado elementos portantes como radios, linterna, vestimenta o celulares, se facilitara una descarga eléctrica sin contacto directo, se resalta que pese, a que dicho cuarto de alto voltaje era de propiedad de Codensa, este se encontraba ubicado en lote Class Romma, que era el terreno o perímetro que debía ser vigilado por el accionante.

Del testimonio, de la señora Laura Fernanda Bernal Cárdenas, quien manifestó ser profesional de salud ocupacional, trabajó para Coservicrea hasta el 2019 y fue quien llevo el seguimiento al accidente de trabajo, expresó que se efectuó capacitación al actor sobre pictogramas que se encuentran en las obras, pero que en el lote, las funciones del trabajador no se relacionan con riesgo eléctrico, pues este no tenía energía eléctrica y el cuarto de alta tensión no era de su custodia, sino de Codensa, que se le indicó al trabajador que ahí estaba un cuarto de alta tensión; respecto de su dicho, debe advertir la Sala, que no bastaba con impartir simple instrucción o información, para eximir de los deberes de cuidado y protección con el trabajador; por tanto, respecto del cuarto de alta tensión, se omitió suministrar capacitación específica y soportada respecto al riesgo eléctrico que podría eventualmente presentarse y en ello cobra relevancia el informe que se realizó (al índice 01. Pág. 17-18 ó fl. 13), sin estar de por medio aún el presente litigio, que dio cuenta de las deficiencias encontradas entre otras por falta de capacitación efectiva.

El supervisor del trabajador, Luis Daniel Velásquez Torres quien dio apoyo el día del accidente, expresó que observó una parte del reloj del actor en el script, dentro del cuarto de alta tensión donde ocurrió el accidente, sin explicarse cómo pudo el demandante ingresar a este, pues se mantenía con candado; aunado que se describe en el informe de accidente que existió una extralimitación de labor por parte del señor Hugo Tovar; empero lo cierto es que del material fotográfico y la investigación del accidente de trabajo, resulta evidente que el candado con el que se dice permanecía cerrado el cuarto donde sucedió el accidente, es día estaba abierto, y por tratarse de un guarda de seguridad es lógico que llamara la atención, quien tenía como función custodiar el lote, ya fuera que al entrar en contacto directo con la caja o acercarse a esta, recibió la descarga eléctrica que conllevó a la pérdida de su capacidad del 57.72% (Índice 01. fl. 51-53).

De esta forma la demandada empleadora omitió advertir todas aquellas condiciones que generaban un riesgo para el demandante a través de la falta de formación como personal de seguridad, que fuera idóneo en la tarea, pero sobre todo omitió probar que formó a un vigilante seguro de marcar los límites a su misión de proteger, custodiar, y vigilar bienes muebles e inmuebles de cualquier naturaleza (art. 2.6.1.1.3.1.2 Decreto 1070 de 20105) y a lo que es el paradigma de la debida labor esperada, por sus superiores, por su entorno laboral o por el mismo trabajador, para en su lugar dar primacía a su salud como trabajador y en gracia de discusión, que en concreto se le capacitara sobre riesgos eléctricos por alta tensión, que a través de la capacitación sobre seguridad pudiera evitar afectaciones directas a su vida, que implicaba la labor o el acto de trabajo, esto es, se itera sin preparación probada en concreto frente a sitios energizados en alta tensión en el contexto de posibles amenazas o riesgos a la seguridad por terceros, que se situaban en el área perímetro de custodia. Así se revela la responsabilidad atribuible a Cooservicrea Ltda., por omisión, en cuidado y protección por deficiencia de capacitación al demandante.

Se conjuga lo anterior a que la señalización o pictograma, estaba ubicada dentro de un cuarto oscuro, en área que no contaba con un cierre, sellamiento o mecanismo de aislamiento suficiente que sirviera de precaución ante las labores

de supervisión diaria que debía efectuar el demandante y no obra prueba que efectivamente fue el demandante quien abrió, retiró o rompió dichos candados, tampoco de que se hubiere realizado un recorrido de reconocimiento del área de trabajo en la que aconteció el accidente para prevenirle de la existencia de los posibles riesgos laborales ante posibles sospechas o amenazas de seguridad por terceros a zonas energizadas, ni que se hayan adoptado medidas de seguridad respecto de las instalaciones de alta tensión ubicadas en el cuarto perteneciente al lote en custodia. Conforme a lo antes indicado, se considera probada la culpa por omisión del empleador, punto en que se confirmará la sentencia de primera instancia.

En lo atinente a la procedencia o no de la declaración de la responsabilidad solidaria de la Ingeurbe SAS, respecto de las condenas impuestas a cargo Coservicrea Ltda., esta figura jurídica se encuentra prevista en el artículo 34 del CST, del cual la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL5053-2019, reiterada en SL1863 de 2020, ha señalado los requisitos para la procedencia de la solidaridad del contratante frente a su contratista, como expresó:

“En todo caso, el Tribunal no erró en la interpretación del artículo 34 del CST, ya que tal disposición contiene dos requisitos para la procedencia de solidaridad del contratante frente a su contratista, a saber, ser beneficiario de la obra o la labor contratada y, que los objetos o actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines.”

También la alta Corporación ha enseñado que si las labores contratadas son ajenas al objeto ordinario de la contratante, no surge la solidaridad contemplada en el artículo 34 del CST, en sentencia SL7789-2016, precisó:

“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.

En sentencia del 5 de febrero de 2014 radicación 38651, se dijo sobre el particular:

En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub iudice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del

beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.”

De acuerdo a lo expuesto, verificado el objeto social de Ingeurbe SAS este no tienen relación al de la empleadora, según el certificado de existencia y representación legal de la primera (fl 337 a 340) su objeto está encaminado a “1) realizar investigaciones, proyectos, prestar servicios de asesoría, consultoría, diseño e interventoría de las áreas de ingeniería en general, la arquitectura, la económica y el derecho financiero y contable de la construcción, 2) urbanizar terrenos, 3), construir, demoler o efectuar toda clase de obras sobre bienes inmuebles y obras civiles en general 4) participar en concurso y licitaciones, para realizar cualquier clase de actividad relacionada con los numerales anteriores”. Por su parte Coservicrea Ltda., tiene como objeto social, prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada remunerada a través de armas de fuego, recursos humanos, tecnológicos o materiales, vehículos e instalaciones físicas, con cualquier otro medio autorizado por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada” (fl 342 a 344), aunado el estatuto especial que la rige, que determina que este tipo de servicios solo pueden prestarse bajo licencia expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada (art. 3 Decreto 356 de 1994).

Apoya lo anterior que si bien el bien el objeto de vigilancia correspondía a un lote, no se sigue la conjunción de fines empresariales entre la empleadora y su contratante, donde el servicio por empresas de vigilancia y seguridad privada resulta ajeno a las que desarrolla la empresa de urbanización y construcción Ingeurbe SAS, ya que esta puede desarrollar su objeto sin que la seguridad privada sea un insumo o servicio necesario para la obra civil o a actividad constructiva, razón por la que no puede entonces configurarse la pretendida solidaridad, pues no basta con que el trabajo del accionante cubra cualquier necesidad del beneficiario directo de la obra, si esta es contingente, pues se reitera las tareas del vigilante no están vinculadas con la construcción y urbanización en bienes inmuebles. En este orden, se revocarán parcialmente los numerales tercero y cuarto de la sentencia objeto de apelación, para en su lugar absolver a la Sociedad Ingeurbe SAS de las pretensiones incoadas en su contra. Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE los numerales Tercero y Cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de

Bogotá del siete (07) de octubre de 2021, únicamente en el sentido de ABSOLVER a la sociedad INGEURBE S.A.S., de las pretensiones incoadas en la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva.

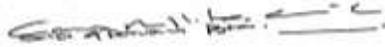
SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de causa por ausencia de solidaridad frente a INGEURBE S.A.S.

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

CUARTO: Sin costas esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



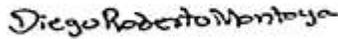
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3717dad8fce2999815f580cb3939a5a0bdb9841633a83ddd8885f59c0f55d97**

Documento generado en 31/05/2023 05:56:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-029-2013-00423- 01 / 02

Demandante: FLAMINIO MELO MOYANO

Demandados: LUZ MARINA TORO DE ARANGO y JUAN GONZALO ARANGO TORO quienes actúan en calidad de sucesores procesales de JAIME DE JESÚS ARANGO SALDARRIAGA

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra auto y la sentencia proferida en primera instancia, previa deliberación, procede a dictar en primer lugar, el siguiente,

AUTO

Previo al estudio de la sentencia objeto de apelación, se tiene que la juez de primer grado mediante auto proferido en audiencia virtual de fecha 22 de junio de 2022, dispuso conceder en efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto de esa misma data que negó la nulidad formulada dentro del presente trámite.

Como motivo de inconformidad el apoderado de los sucesores procesales de Jaime de Jesús Arango Saldarriaga, interpuso incidente de nulidad previsto en el artículo 121 del CGP, argumentando que el proceso lleva más de 8 años sin que se hubiere realizado la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS y que conforme lo establece la sentencia T-334-2021, debe considerarse que tanto el juez laboral, al igual que otros jueces, están sometidos a una norma con la cual se regule el término de duración del proceso a fin de garantizar los principios procesales. Que, para el caso en concreto, la demanda se admitió el 24 de julio de 2013, es decir, ha transcurrido más de 9 años, sin que se hubiera realizado la audiencia prevista en el artículo 77 *ibidem*; solicitud de pérdida de competencia que fue en la contestación de la demanda y no fue resuelta (021IncidenteNulidadPartePasiva.pdf).

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto fechado 22 de junio de 2022 negó la nulidad propuesta por la pasiva, por considerar que la causal invocada por el incidentante no se encuentra contemplada en el artículo 133 del CGP. Sin embargo, precisó que el artículo 121 del CGP no es aplicable al

procedimiento labora, toda vez que el estatuto procesal tiene norma expresa, esto es, el artículo 30 del CPTSS. Además, que si en gracia de discusión se aceptara la aplicación del artículo 121 del CGP tampoco se reunirían los presupuestos allí establecidos para la pérdida de competencia de esa funcionaria judicial para continuar conociendo del proceso (min 9:49 022GrabacionAudienciaArt77)

Contra la anterior decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación en el que manifestó no compartir los argumentos expuestos por el despacho de primera instancia teniendo en cuenta que si bien es cierto el artículo 121 del CGP no se aplicaría en materia laboral, conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia éste sí es aplicable, en tanto no se podría aceptar que el trámite del proceso quede en un limbo jurídico de cualquier decisión judicial después de 8,10,15 o 20 años. Por ello, solicita se revoque la providencia recurrida, agregando que el Tribunal Superior ha manifestado que si la parte interesada en solicitar la aplicación del artículo 121 *ibídem* lo hace antes de iniciar la primera audiencia, se podría tener como cierta dicha solicitud, en tanto se está en el evento en que no se ha iniciado la misma ni se han resuelto las excepciones como para entenderse saneada la solicitud (min 12:59 022GrabacionAudienciaArt77).

Sea lo primero indicar, que es procedente el recurso de apelación frente a la decisión que declaró no probada la nulidad propuesta por la parte demandada, ello de conformidad con lo establecido en el numeral 6° del artículo 65 del CPTSS.

No obstante, frente al punto de la nulidad formulada por falta de competencia en los términos señalados en el artículo 121 del CGP, es menester precisar que, el artículo 145 del CPTSS, establece que la aplicación analógica opera a falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, advirtiendo así que sólo en el caso que el mismo estatuto procesal hubiere estipulado una institución y no la hubiere desarrollado, es dable acudir a la analogía; por lo que precisa la Sala que el procedimiento laboral no estableció el instituto de la pérdida de competencia que sí se reglamenta para el procedimiento civil en el artículo 121 que invocó el recurrente.

Tal entendimiento, se acompasa con el criterio vigente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia CSJ SL1163-2022, reiterada recientemente en la CSJ SL3127-2022, en las que la Corte es enfática al establecer que el artículo 121 del CGP no aplica al proceso del trabajo y de la seguridad social así:

“[...] no se dan los supuestos del art. 145 del CPTSS para acudir por analogía a la aplicación de tales preceptos, ya que el Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social tiene su propia regulación para garantizar a toda persona su derecho «...a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la

determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter» (nl 1° del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Sin el ánimo de ser exhaustivos en relacionar todos los mecanismos adecuados que prevé el procedimiento del trabajo y seguridad social para brindar las debidas garantías judiciales a las partes, a manera de ejemplo, se rememora que el art. 48 del CPTSS prevé que el juez asumirá la dirección del proceso, adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite. Igualmente, los arts. 30 y 71 *ibidem* prevé lo que debe hacer el juzgador en caso de que una o ambas partes sean contumaces. Además, está previsto que las actuaciones procesales y la práctica de pruebas en las instancias se llevarán a cabo oralmente, en audiencia pública, so pena de nulidad, art. 42, *ibídem*.

En fin, el procedimiento del trabajo y seguridad social tiene sus propios mecanismos adecuados para ofrecer a las partes las garantías judiciales debidas, por lo que no se debe acudir a los arts. 117 y 121 del CGP, puesto que no hay un vacío legal que deba suplirse con estas disposiciones, en tanto que el art. 145 del CPTSS solo autoriza acudir al Código General del Proceso a falta de disposiciones en la especialidad. Inclusive, el mismo art. 1° del CGP reconoce que ese código regula la actividad procesal «en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios» y que se puede aplicar a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, «en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes».

Así las cosas, como quiera que la norma procesal del trabajo no legitima la pérdida de competencia para los jueces laborales, no es posible que, en aplicación de lo normado en el artículo 145 del CPTSS, se aplique el artículo 121 del CGP. Razones suficientes para concluir que no hay lugar a declarar la nulidad solicitada por la parte demandada, conforme lo anterior, por lo que se confirmara el auto proferido el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá. Precizando que la parte recurrente en este auto, como se observa a continuación, al ser notificada de la sentencia en primera instancia absolutoria a sus representados, no pudo haber tenido interés jurídico para presentar recurso de apelación sobre aquella sentencia, por esto que deba resolverse sobre el auto recurrido, como en efecto se ha realizado.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en precedencia.

Visto lo anterior, se procede a emitir la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá del 18 de julio de 2022.

I. ANTECEDENTES

Flaminio Melo Moyano promovió demanda ordinaria laboral de primera instancia contra Jaime de Jesús Arango Saldarriaga para que se declare que entre las partes existió un contrato realidad por el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 2007 hasta el 15 de marzo de 2012, durante el cual el empleador no le canceló ninguna acreencia laboral ni efectuó los aportes al sistema de seguridad social. De igual manera, que se declare que la relación laboral la finalizó el demandado sin justa causa atribuible al actor. Como consecuencia de ello, solicitó condenar al demandado al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensión, sanción por la no consignación de las cesantías e intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, horas extras y trabajo suplementario; sumas que solicita sean debidamente indexadas, junto con lo que se encuentre extra y ultra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, al indicar que entre las partes existió un contrato realidad que inició el 28 de diciembre de 2007 y finalizó el 15 de marzo de 2012, en el que el actor desempeñó el cargo de pizzero, mesero, cajero y auxiliar de cocina. Narró que el señor Rubén Darío Cifuentes era el administrador del punto ubicado en el Centro Comercial Plaza de las Américas, quien fue el que recibió al demandante para ingresar a laborar. Que el actor percibía un salario de \$25.000 diarios pagaderos por turno cumplido, laborando todos los días de la semana y teniendo un horario de trabajo de domingo a jueves de 10:00 a.m. a 9:00 p.m., y viernes y sábado de 10:00 a.m. a 10:00 p.m. Agregó que los compañeros de trabajo al momento de ingresar a laborar eran Flor Alba Useche, Ruben Darío Cifuentes, Edilson Cifuentes, Gavino León y Leonardo Álvarez; que la actividad laboral la desarrolló el accionante en las instalaciones de Nico's Pizza Centro Comercial Portal 80 y Centro Comercial Plaza de las Américas a órdenes del demandado Jaime de Jesús Arango Saldarriaga.

Aseguró que recibía órdenes de la señora Fidelina Puerto y de los administradores de los puntos donde tuviese que laborar, que nunca fue objeto de llamados de atención y que para ausentarse del trabajo debía pedir permiso. De igual manera que los días que, por motivos personales o de salud no asistía al trabajo, no le cancelaban su salario. Mencionó que el 10 de octubre de 2011 fueron contratadas las hermanas Mari Luz y Sandra Milena Mora Valbuena como auxiliares de

servicios generales, por lo que por orden de Lina Puerto, enviaron al actor a laborar unos días a Fundosan y Electromundial, establecimientos que pertenecen al señor Jaime de Jesús Arango Saldarriaga. Acotó que no fue afiliado al sistema de seguridad social integral, que pese a que recibió uniformes de dotación durante la relación laboral, lo cierto es que no le reconocieron pago alguno por concepto de prestaciones sociales ni días compensatorios, razón por la cual el demandante presentó solicitud ante el Ministerio de Trabajo quien señaló fecha y hora para audiencia de conciliación, sin que el empleador hubiese comparecido¹.

TRÁMITE PROCESAL Y CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Jaime de Jesús Arango Saldarriaga en escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos aceptó los relativos a que no se le reconoció pago alguno al actor por concepto de incapacidad y que, en efecto, sí se le suministraba uniforme para realizar el contrato propuesto; frente a los demás adujo no ser ciertos. Al respecto, indicó que no firmó ni acordó ningún contrato laboral con el demandante, si no que fue un contrato de prestación de servicios el que existió entre las partes. Formuló como excepciones de fondo las de «*mala fe de la demandante*», «*cobro de lo no debido*», «*inexistencia de la obligación de los demandados*» e «*inexistencia de las obligaciones pretendidas*»².

Mediante auto proferido el 19 de diciembre de 2013, ante la solicitud de sucesión procesal presentada por la parte actora por el fallecimiento del demandado, el juzgado de primer grado ordenó vincular a los sucesores determinados e indeterminados del señor Flaminio Melo Moyano [sic], ordenando el emplazamiento de estos últimos y designando Curador *Ad Litem* para lo pertinente (al índice 009 págs. 45 y 46). Sin embargo, por auto adiado 16 de febrero de 2021 se dispuso corregir la anterior providencia, en el sentido de ordenar el emplazamiento a los herederos indeterminados del demandado Jaime de Jesús Arango Saldarriaga, a quienes les designó curador (índice 012 págs. 12 y 13).

Posteriormente, mediante auto proferido el 26 de abril se reconoció a Luz Marina Toro de Arango y Juan Gonzalo Arango, en calidad de herederos determinados, como sucesores procesales del señor Jaime de Jesús Arango Saldarriaga, por lo que se ordenó relevar el Curador *Ad Litem* de los herederos indeterminados (índice 019); sujetos procesales que presentaron escrito de contestación en el que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones incoadas por el actor, aduciendo que no es cierto ni les consta los supuestos fácticos de la demanda. Como excepciones de fondo formularon las de «*prescripción de la acción*», «*falta de existencia de solidaridad entre los herederos*» y «*perdida de competencia del juzgador*» (al índice 015) .

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Exp. Digital: «001Demanda» págs. 16 a 24 PDF

² Exp. Digital: «003NotificaciónyContestaciondelaDemanda.pdf»

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de julio de 2022 resolvió absolver a la parte demandada Jaime de Jesús Arango Saldarriaga, hoy representados por sus sucesores procesales Luz Marina Toro de Arango y Juan Gonzalo Arango Toro, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor Flaminio Melo Moyano.

Resaltó que para declarar la existencia de una relación laboral, es requisito indispensable que se demuestre los extremos temporales. Respecto de la carga probatoria, indicó que en el caso objeto de análisis correspondía a la parte actora demostrar los extremos temporales de la relación alegada; que en ese sentido, no basta con hacer afirmaciones como las señaladas en los hechos de la demanda, sino que las estas deben ser probadas dentro de un juicio para que el despacho, sin ningún asomo de duda, pueda entrar a liquidar el valor de las pretensiones reclamadas.

Precisó que obra como pruebas documentales obran unos comprobantes de pago que se adosaron junto con la contestación de la demanda, pero que estos solo hacen referencia a unos pagos de algunos días del año 2012, sin que exista documental alguna respecto de esa vinculación alegada en los años anteriores y tampoco que los turnos que aduce el actor haber realizado, hayan sido todos los días del 2007 al 2012-. Agregó que no existe prueba documental que demostrara la existencia de los extremos temporales alegados por el demandante más allá de lo afirmado en el escrito de la demanda y reafirmado en el interrogatorio de parte que absolvió; sin que testigos permitieran tener certeza sobre la continuidad de la labor, sin embargo, es imposible entrar a determinar la existencia de un único contrato de trabajo y el valor de las prestaciones sociales (min 6:50 – índice 028GrabacionSentencia).

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del actor interpuso recurso de apelación en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia por considerar que no se realizó una valoración contundente de las pruebas documentales y testimoniales, dado que el demandado, junto con los sucesores procesales, aceptaron que existió un relación laboral; en primer lugar ello se establece de lo afirmado en una declaración de parte donde se indicó que el actor inició a trabajar el 28 de diciembre de 2007, y de las mismas pruebas arrimadas al proceso por la demandada se advierte que el actor estuvo trabajando 3 días posteriores a la fecha del retiro, esto es, el 18 de marzo de 2012. Que en ese sentido y dado que las pruebas testimoniales deben ser analizadas en conjunto viendo todo el contexto dentro del proceso, pues bien, lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las pruebas se deben analizar en conjunto. Recalcó que cada uno de las personas que presentaron su testimonio fueron claras en establecer más o menos los extremos laborales en el que el actor prestó sus servicios, por lo que solicita se valoren de forma integral como corresponde en derecho.

Agregó que no tiene sentido que en la sentencia se haya indicado que sí existió un contrato de trabajo pero como quiera que no se puede determinar los extremos laborales no se declare, pues al encontrarse la existencia así debió concluirse, pues se supone que el trabajador presentó labores en los extremos temporales indicados en la demanda, los cuales no fueron refutados, en consecuencia, que no encuentra un sustento real entre lo que se determina como contrato de trabajo que sí existió pero que dados los elementos que se presentaron no se puede determinar el pago de las prestaciones sociales ni de los salarios (min 23:21).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación, determinar si entre Flaminio Melo Moyano y Jaime de Jesús Arango Saldarriaga existió un contrato de trabajo en los extremos temporales indicados por el actor.

V. CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «*toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL1664-2021, SL1639-2022 entre muchas otras).

Debe advertirse que, con el acervo probatorio, en la contestación de la demanda se afirmó que el actor prestó sus servicios pero con ocasión a un contrato de prestación de servicios y de las declaraciones realizadas por los testigos Sandra Mora y Rubén Darío Cifuentes quienes fueron contestes en afirmar que en efecto, el demandante trabajó en Nico'S Pizza desempeñando tareas varias como

pizzero, cajero y oficios varios, lo que les consta porque fueron compañeros de trabajo en la misma pizzería.

Ahora bien, en todo caso le corresponde al actor acreditar además de la prestación personal del servicio, todas las demás circunstancias que rodearon la alegada relación laboral, tales como, el salario, la jornada de trabajo, el hecho de despido, y como se debate en este juicio, los extremos temporales en que se ejecutó el alegado contrato de trabajo, tal como lo señaló la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL2608-2019, reiterada en la CSJ SL728-2021:

«[...] no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

[...] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros». ”

A efectos de lo anterior, los testimonios recaudados sólo precisan la prestación del servicio, empero, frente a los lapsos temporales en que se pudo desarrollar no logran indentificarlos, por ejemplo, Sandra Mora (min 35:59) expresamente indicó que conoció al actor en octubre de 2011, cuando el demandante ya estaba laborando en Nico's Pizza, sin embargo, indicó que en ocasiones debían prestar sus servicios en una de las ferreterías de propiedad del demandado, sin que estableciera un lapso con exactitud. Por su parte, el testigo Rubén Darío Cifuentes (min: 49:00) señaló que conoció al actor en el 2007 pero que los turnos los realizaba cuando se necesitaba, que iba hacer el turno cuando se le llamaba y había varias veces o días que no se requería de sus servicios, además que el demandante pedía libres cuando necesitaba hacer cuestiones personales, sin que hubiese continuidad en la relación de turnos durante el tiempo que laboró. En tal sentido, esos dos testimonios no resultan suficientemente determinantes para establecer los extremos temporales que señala el recurrente, sin pasar por alto que la declarante Mary Luz Mora de entrada manifestó que fue compañera de trabajo del demandante en el año 2015 y, posteriormente, se desconectó de la audiencia (min 24:43).

En tal sentido, los medios de convicción dan cuenta de la vicisitud advertida por la *a quo*, que en efecto no se demostraron los extremos temporales invocados por el actor, tampoco otros diferentes, ello ante la falta de otros medios persuasivos que evidenciaran los hechos alegados en la demanda, siendo tal la ambigüedad de las declaraciones frente a los tiempos precisos en que hubo una prestación del servicio por el demandante que tampoco podría acudir a la de aproximación de los extremos temporales, pues no se conoce una fecha lindante de inicio, ni mucho menos que durante el interregno que se solicita la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo se pueda advertir que haya tenido una continua prestación personal del servicio. Desde luego que de los recibos de caja menor (índice 003 págs. 4 a 7) tampoco pueden demostrar este tópico, ya que los recibos datan únicamente de marzo de 2012, ni mucho menos de las fotografías aportadas (índice 001. págs. 9 y 10) en tanto que no se puede extraer fecha alguna.

Tampoco puede dársele mérito probatorio a la sola declaración de parte del demandante rendida en la audiencia pública, aun cuando el artículo 165 del CGP lo contemple como una prueba más de las admisibles en el proceso judicial, este es un proceso contencioso, en la medida en que precisamente para su valoración, el inciso final del artículo 191 *ibídem*, dispone que «*la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas*», sin que en el expediente exista elemento de convicción alguno, que pruebe los hechos de la demanda, dado que no puede valorarse como prueba a favor de cada parte la indicación de los hechos en que plantea su litigio.

En síntesis, es preciso indicar que frente al tiempo reclamado no está acreditado un aspecto fundamental, a saber: durante qué período o períodos ocurrió la prestación del servicio, pues si no obra prueba cierta que así lo establezca, en efecto no es posible liquidar las acreencias que de la enunciada prestación se pudieron haber derivado.

Por lo expuesto, y atendiendo al precedente correspondía a la parte actora la demostración de los hitos temporales en que prestó sus servicios, que de no realizarse no permite acceder a declaraciones y condenas; siendo estos los motivos para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

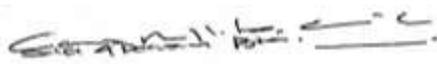
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de julio de 2022, donde es demandante el señor FALMINIO MELO MOYANO y demandados LUZ MARINA TORO DE ARANGO y JUAN GONZALO ARANGO TORO en calidad de sucesores procesales de JAIME DE JESÚS ARANGO SALDARRIAGA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada dado el resultado de la decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.

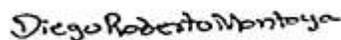
Firmas con efecto para el anterior auto y la presente Sentencia.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a2fa7ef8cdc65b69adf6a14a437a12f85c2b8cfa6c7fab2fb6f1c28066da6da9**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-038-2020-00113-01

Demandantes: ARGELIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Demandadas: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., SI
03 S.A. y VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá del 7 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

Argelio Rodríguez Rodríguez llamó a juicio a Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., SI 03 S.A. y a Víctor Raúl Martínez Palacio para que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 2007 hasta el 3 de julio de 2019, en consecuencia, se condene a los demandados al pago de la remuneración de media hora diaria laborada durante la vigencia del contrato laboral indexada desde el momento que se causaron hasta la fecha de despido, al pago de tiempo suplementario y el consecuente pago de la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones. De igual manera, solicitó se condene a los demandados a pagar la indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria y la indexación de las sumas reconocidas en la sentencia junto con lo que se encuentre ultra y extra petita probado, y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en indicar que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante contrato de trabajo desde el 10 de noviembre de 2007 hasta el 3 de julio de 2019, el cual se pactó en un comienzo a término fijo por un año pero que se convirtió a uno de término indefinido. Señaló que se desempeñó

como operador de bus articulado para los demandados o conductor de los buses que se operan en el sistema Transmilenio S.A., pactándose en un principio un salario mensual de \$531.500 más \$100.000 como bonificación, sin que en este último concepto se incluyera dentro del sueldo básico. Narró que se pactó una jornada laboral de 8 horas diarias para un total de 48 horas semanales, sin embargo, que como operador de articulado, trabajó 8 horas y media, diarias para un promedio total de 51 horas semanales, pues su jornada le fue distribuida media hora antes de iniciar su labor diaria para alistar el automotor, revisarlo en todos los aspectos y así asegurarse que estuviera en óptimas condiciones para conducir; que nunca se le pago esa media hora diaria – 3 horas semanales- que laboró.

Agregó que el horario de las 8 horas y media lo cumplió de manera diurna y nocturna, así como, laboró días festivos y dominicales, por lo que durante toda la relación se le pagó un salario inferior al que debió devengar. De igual manera, que no se efectuó el pago real correspondiente al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral, pues, reiteró, no se le reconoció el trabajo suplementario, la media hora diaria ni el bono mensual a él reconocido. Indicó que su contrato finalizó sin justa causa el 3 de julio de 2019 y que el 2 de septiembre los demandados consignaron en su cuenta de ahorros \$7.907.302 por concepto de liquidación del contrato laboral, reconociéndose \$566.592 como auxilio de retiro, consignación que se realizó 59 días después de la terminación del contrato ¹.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., mediante apoderado judicial, aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo en los extremos temporales señalados por el actor y que este terminó sin justa causa, frente a los demás supuestos fácticos adujo no ser ciertos. En igual sentido, se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda, aclarando que las partes suscribieron un contrato a término fijo y no a término indefinido, sin que el mismo, pese las renovaciones indefinidas y prorrogas automáticas, pueda entenderse como indefinido. Precisó que se le pagó al demandante la remuneración pactada en el contrato y demás acreencias laborales conforme el salario por él devengado. Como excepciones de fondo presentó: «*inexistencia de la obligación*», «*inexistencia de derechos por parte del demandante*», «*prescripción de las acciones*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*», «*falta de título y causa*», «*compensación*» y la «*genérica*»².

Víctor Raúl Martínez Palacio allegó escrito en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones y manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Al respecto, sostuvo que como persona natural no ha tenido nunca ningún tipo de vínculo laboral con el demandante, advirtiendo que no existe un solo hecho de la demanda que indique que ese supuesto. Como excepciones de fondo presentó las de «*inexistencia de la obligación*», «*falta de causa en las pretensiones*»

¹ Exp. digital: «02SubsanacionDemada-DEMANDA ARGELIO RODRIGUEZ_compressed»

² Exp. digital: «04ContestacionSI9920210319- CD SI 99»

por parte del demandante», «prescripción de las acciones», «cobro de lo no debido», «compensación» y «la genérica»³.

Por su parte, SI 03 S.A. en liquidación presentó escrito de contestación en el que aceptó el cargo desempeñado por el demandante, negando o no constarle los demás supuestos fácticos. Manifestó oponerse a todas las pretensiones de la demanda indicando que el contrato del actor inició con la empresa SI 03 S.A. luego el mismo fue cedido a SI 99 S.A. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación», «inexistencia de derechos», «cobro de lo no debido» (sic), «buena fe» y la de «compensación»⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de abril de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor ARGELIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en condición de trabajador, y la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 10 de noviembre del 2007 y el 3 de julio del 2019, en el marco del cual operó una sustitución patronal respecto de SI 03 S.A., por virtud del cual el demandante se desempeñó como conductor recibiendo como última asignación salarial promedio la suma de \$1'984.940. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. a pagarle al demandante ARGELIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ la suma de \$3'969.880, por concepto de indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del C.S. del T. y la S.S. modificado por el artículo 29 la ley 789 de 2002.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., respecto de las demás pretensiones de la demanda instaurada por el accionante Argelio Rodríguez Rodríguez y ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el actor, a SI 03 S.A. y de VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de la condena infligida y se considera relevado el estudio de las planteadas respecto de las absoluciones producidas.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo que de SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., en firme la presente providencia por Secretaría,

³ Exp. digital: «04ContestacionSI9920210319- CONTESTACIÓN VRM 2020 113»

⁴ Exp. digital: «05ContestacionSI0320210324- CD SI 03»

practíquese la liquidación de cosas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor del demandante.

Cabe anotar que, si bien es cierto que en la parte considerativa no se incluyó, por esta vía se complementa, y como quiera que procede la absolución de SI 03 S.A. y de VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO. Igualmente se condenará en costas al demandante en favor de estos accionados y en firme la presente providencia por Secretaría practique la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor SI 03 S.A. y de \$500.000 en favor de VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO.”

En síntesis el a quo precisó que si bien se logra acreditar en el plenario que, además del salario, el accionante recibía una suma habitual relacionada en los comprobantes de nómina que militan en el expediente como bonificación por mera liberalidad, así como una bonificación anual que oscilaban en \$100.000 para el año 2007 y \$450.700 para el 2019, lo cierto es que no evidenció de manera incontrastable que dicha suma se sufragara como prestación directa del servicio.

Expresó que era carga del demandante acreditar no solo que cumplió labores por fuera de la jornada máxima legal para la cual había sido contratado, sino que, debía evidenciarse específicamente el número de horas, el momento en el cual se cumplieron, inclusive los días de descanso obligatorio en los que había desarrollado labores, por lo que al no haber cumplido la parte activa con la carga de la prueba en estos aspectos, concluyó despachar adversamente las súplicas de la demanda en relación con el tiempo adicional o recargos por trabajo suplementario, horas extras o descanso obligatorio. Adujo que no había lugar al pago de la indemnización del artículo 64 del CST aun cuando la relación laboral finalizó el 3 de julio de 2019, sin justa causa, como lo admitió la pasiva en la contestación de la demanda, esta efectuó el reconocimiento de la suma de \$8.336.746 por concepto de indemnización por despido sin justa causa correspondiente a 136 días que hacían falta para la finalización del contrato, esto es, entre el mes de julio y el 9 de noviembre de 2019, partiendo de un salario de \$1.948.940.

Por otra parte, en cuanto a la indemnización moratoria reclamada, advirtió que la finalización del contrato de trabajo acaeció el 3 de julio de 2019, efectuando la demanda la liquidación correspondiente por un total de \$7.907.302, luego de realizados los descuentos correspondientes, suma que consignó en favor del actor el 2 de septiembre de 2019, según comprobante de consignación, por lo que concluyó que existió mora en el pago de las acreencias prestacionales durante el periodo enunciado, sin que SI 099 S.A. hubiese acreditado razones justificadas como la buena fe laboral (min 2:44:40 «18AudArt802020113Ct»).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que expuso que dentro del plenario se probó que el actor entraba a trabajar media hora antes, lo que se desprende del dicho no solamente del demandante, en concordancia con los testimonios, quienes

manifestaron que para cumplir con el trabajo programado, día a día tenían que presentarse con media hora antes, inclusive, que uno de los testigos indicó que el trabajador ingresaba con una hora de anterioridad. Además, solicitó tener como un hecho notorio que esa operación diaria de Transmilenio establece una mecánica para poder cumplirlo y es a través de turnos programados que se realizan, turnos que se pueden ver con la misma dinámica de la operación, donde la media hora antes era obligatoria y necesaria para poder cumplir con el trabajo programado día a día, que se cumplía de manera cotidiana de día y de noche, dominicales y festivos, cuando realmente se establece que el último bus que entra a patio era a la 1 de la mañana, por lo que esa media hora y trabajo suplementario se establece con la misma dinámica que no necesitaba una carga de la prueba, sino que era evidente, que es esa media hora la que se necesitaba con la programación que le entregaban al trabajador todos los días para cumplir su labor.

En cuanto al salario, indicó que el trabajador devengó un salario y una bonificación con carácter salarial que percibió mes a mes, bonificación que ingresó al patrimonio del trabajador como carácter de contraprestación por su trabajo, que en ese sentido el artículo 11 la estableció como bonificación de productividad, la cual, para un operador de un bus, obedece a manejar el bus 8 horas más media hora antes de preparación para poder asumir ese trabajo diario, por lo que dicho concepto no tiene otra connotación, sino, la de ser un salario, lo que recibía como salario básico y bono denominado como no prestacional. Que ellos lo establecen en los certificados de ingresos y retenciones cuando mandaban a la DIAN mensualmente el reporte, que ganaba salario básico más otros ingresos, por lo que sí entraba al patrimonio del actor esa bonificación, por su servicio y por su productividad. Que la demandada inventó esa bonificación para desconocer los derechos de los trabajadores, entre estos, unos trabajadores tan sacrificados, como es la labor de conductor. Además que en sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, estableció que lo percibido en dinero o en especie, como primas, bonificaciones habituales, horas extras, recargos nocturnos, recargos de trabajo, porcentaje sobre ventas y comisiones y viáticos permanentes son de carácter salarial por cuanto ingresan al patrimonio del trabajador. Distinto, cuando los conceptos se encuentran dentro de lo previsto en el artículo 128 del CST, los cuales no establecen un factor salarial, pero que, en el caso en concreto, la mal llamada *bonificación no prestacional*, sí ingresó al patrimonio y se lo pagaron mes a mes durante la vigencia de todo el contrato al trabajador, lo mismo que esa media hora que cumplía todos los días cuando iba a recibir su trabajo programado.

En cuanto a la sanción, indicó que la misma debió establecerse hasta el día de hoy, en tanto la misma no se ha pagado y no como se concluyó en primer grado, hasta el momento en que se pagó la liquidación. En lo relacionado con el señor Víctor Raúl Martínez, indicó que ese demandado confesó que no solamente era socio y gerente sino que intervenía en el objeto social de la compañía al dirigirla y nombrar gerentes para realizar ese trabajo por lo que es evidente que tiene solidaridad sino también un relación directa con los trabajadores y, por lo tanto, también debe tener una responsabilidad contractual y con respecto a las pretensiones de esta demanda (min 27:56).

A su turno, el apoderado de SI 99 S.A. de igual manera interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia, solicitando al Tribunal revocar aquellos numerales que fueron contrarios a la sociedad, en particular el numeral segundo y quinto de la sentencia. Manifestó el error de hecho en que se ha incurrido al no dar por probado a pesar de estarlo que SI 99 actuó de buena fe, y de igual manera que al existir un error de derecho al aplicar de manera automática la condena señalada en el artículo 65 del CST, desconociendo la jurisprudencia que existe al respecto, que obliga a verificar la existencia de la buena o mala fe como requisito para proferir condena. Al respecto, mencionó que la buena fe se presume, pues así lo establece el artículo 769 del C.C., norma que además fue declarada exequible y estudiada por la Corte Constitucional. Luego para que opere la presunción de mala fe, que fue lo que encontró el despacho de primer grado, así lo debió haber establecido la ley, sin embargo, que al revisar la norma invocada y las demás contenidas en el CST, no existe alguna que disponga la presunción de la mala fe; adicionalmente, la buena fe sí se logró acreditar, más aún cuando esta debe observarse en todo el momento de la relación laboral, no solamente en la finalización, sino en toda la vigencia del vínculo, sin que haya prueba que el empleador hubiese defraudado, coaccionado, inducido a error o cometido algún acto ilegítimo en contra del trabajador, por el contrario, SI 99 siempre pagó todas sus obligaciones laborales al trabajador de manera puntual y cumplida, no obstante, al darse una situación excepcional al momento de la terminación del contrato de trabajo, se sustrajo del pago no porque haya querido sino porque los trámites administrativos hacían imposibles que este pago se realizara de manera inmediata.

Frente al asunto, precisó que SI 99 era una empresa concesionaria de Transmilenio; que ese contrato tenía una vigencia que había sido establecida por 10 años; que de forma unilateral Transmilenio decidió modificar el contrato, situación totalmente imprevisible para SI 99; y que si bien es cierto que se tenía una fecha tentativa para la terminación del contrato de trabajo, de todas maneras, como lo indicó el representante legal en su declaración y como puede corroborarse en los documentos allegados, se trataba de una situación que podría cambiar, pues Transmilenio exigía que SI 99 tuviera la disponibilidad de personal para ejecutar el contrato con sus colaboradores, y que además de ser excepcional, era imprevisible, situaciones que excusan de realizar el pago de la liquidación final de acreencias laborales del demandante, al menos de manera inmediata. Agregó que la norma no tiene un plazo dentro del cual se haya establecido se deba cancelar el valor de la liquidación final de las acreencias laborales, siendo que, como lo ha establecido la jurisprudencia, debe hacerse dentro de un plazo razonable, y en este caso ante una situación excepcional en donde pasa el área de nómina a recibir las terminación o liquidación de contrato de máximo 3 personas a 600; que no se sabía cuándo iba a terminar ese contrato con Transmilenio y, por ende, no podría la empresa entrar en gastos excesivos cuando lo normal era que se presentaran un máximo de 5 terminaciones. Buena fe que se encuentra que al actor se le pagó todos sus emolumentos laborales. Indicó que las costas impuestas a SI 99 exceden lo establecido en los límites establecidos en los acuerdos por el Consejo Superior de la Judicatura (min. 37:44).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde establecer si la decisión de no tener en cuenta factores adicionales para efectos de reliquidar las acreencias laborales se ajustó a los parámetros legales. Adicional a ello, se estudiará si hay lugar a reconocer a favor del demandante el pago de la indemnización moratoria.

V. CONSIDERACIONES

Previo al análisis del problema jurídico, corresponde manifestar que no es objeto de discusión que entre el señor Argelio Rodríguez Rodríguez y Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 10 de noviembre de 2007 y el 3 de julio de 2019, en el marco del cual operó una sustitución patronal respecto de SI 03 S.A., supuestos fácticos que en igual forma se encuentran demostrados con el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (índice 04 «CONTRATO DE TRABAJO»), la terminación del contrato (índice 04 – Carpeta «Pruebas Contestación Demanda»-subíndice 6.) y el certificado laboral expedido el 9 de julio de 2019 (índice 04 – Carpeta «Pruebas Contestación Demanda»– subíndice 9.).

Se aclara entonces que en la decisión de primer grado no se accedió a la reliquidación de las acreencias laborales porque no se probó el tiempo suplementario, así como se encontró válidamente celebrada la cláusula de exclusión de la bonificación pactada en el contrato de trabajo.

En interrogatorio de parte rendido por el señor Argelio Rodríguez Rodríguez narró que cumplió las funciones de operador para la empresa SI 99 tanto en la troncal como en patio, que en patio tenían que movilizar los móviles dentro del mismo sitio y en la troncal debían cumplir con los horarios y la programación que se subía a la plataforma. Señaló que comenzaba su turno de trabajo en tres escenarios (i) al ingresar a patios alistar el móvil y salir a plataforma a iniciar las labores (ii) al recibir el bus en plataforma donde debía estar puntual, mínimo media hora antes, igual que cuando tocaba ingresar a patios y (iii) como operador disponible, escenario en el que tenía que estar a disposición para cuando salía la programación. Explicó que su horario de trabajo cambiaba constantemente y dependía de los anteriores 3 escenarios, que en ocasiones iniciaba a las 4 a.m., 6 a.m. u 8 a.m., o en las horas de la tarde, eso dependía, que en todo caso la programación salía por horas, aunque en ocasiones aumentaba las horas de labor por el alistamiento en patio o cuando se varaba el bus; que les daban 40 minutos o 1 hora de descanso el cual se perdía algunas veces porque si el bus iba fallando y no llegaban puntuales a los portales, ese tiempo no lo pagaban. Adicionalmente, que cuando iba iniciar turno debía estar en el lugar con media hora de anticipación que se les exigía pues en ese lapso debían alistar el bus con el check list de más de 70 ítems. Afirmó que Transmilenio evaluaba a SI 99 en la puntualidad de las tablas, satisfacción del usuario, aseo y mantenimiento de los buses, buen uso de la plataforma y carrocería del bus, cumplimiento de programación de tablas y horarios asignados;

que su empleador le consignaba el salario y un concepto que denominaban como bonificación, que nunca se lo dejaron de pagar por lo que hacía parte de su salario, bonificación que se encuentra pactada en el contrato de trabajo el que le hicieron firmar (min. 42:35).

Por su parte, el representante legal de SI 99 en interrogatorio rendido indicó en relevancia que conoce al actor por cuanto el declarante fue coordinador y gerente de operaciones en SI 99 desde el 2012, por lo que tuvo contacto con el demandante hasta aproximadamente julio de 2019. Describió que la empresa que representa interactúa con el ente gestor Transmilenio S.A., lo que hace Transmilenio es hacer una programación de servicios para todo el sistema, lo que se denomina una tabla de horario donde Transmilenio entrega la programación de unos servicios que se deben realizar a todas las empresas operadoras del sistema, que de acuerdo con la capacidad transportadora de cada empresa se asignan unos servicios a realizar, por lo que la demandada distribuía los turnos para su ejecución; turnos en los que se informaba a los trabajadores el tiempo, hora y en qué momento solicitan el servicio para operar. Que para el caso del demandante, indicó que se programaban turnos que variaban de acuerdo con los días, asegurando que los mismos estaban alineados con el cumplimiento a 8 horas diarias, incluso menos tiempo, que se programaban a través de la distribución de los turnos que enviaba Transmilenio, asignando unos servicios que el actor debía realizar teniendo en cuenta el lugar de inicio, posterior ejecución y operación, incluyendo un tiempo de descanso. Aclaró que la operación de la empresa inicia entre las 4:00 y 4:30 a.m. y termina a las 12:00 – 12:15 de medianoche, por lo que el señor Rodríguez podría estar distribuido en esas zonas, a quien se le programaba turno sin exceder el tiempo para el cual fue contratado, toda vez que él podría iniciar a las 4:00 a.m., y terminar a las 12:00 p.m., como iniciar a las 11:00 a.m. y finalizar a las 6:00 p.m.

Explicó que el demandante devengaba un salario básico y recibía un beneficio no prestacional que se otorgaba de acuerdo con el resultado de unos indicadores que entregaba en su momento Transmilenio, para reorganización, es decir, que se pagaba cuando la empresa cumplía con unos indicadores impuestos para Transmilenio y que estaban pactados en el contrato de concesión, por ejemplo, uno de ellos era la regularidad entendida como un rendimiento operacional donde Transmilenio verificaba de los viajes ejecutados sobre los programados, qué tan efectivos eran (min 7:22).

El señor Víctor Raúl Martínez Palacio preciso haber dirigido SI99 en sistemas troncales de Transmilenio, no haber conocido al actor, ya que la empresa tenía más de 600 operadores, que SI99 terminó el contrato con Transmilenio en junio de 2019, sin que el declarante aceptara tener vinculación como persona natural con el demandante (min. 31:18).

El testigo Jaime Suanca Rodríguez afirmó haber conocido al demandante en el año 2012, cuando el señor Rodríguez inició sus labores en SI 99. Manifestó no tener conocimiento en qué condiciones de tiempo realizaba el actor sus actividades por cuanto él tenía turnos diferentes a los del declarante, entonces no

podría decir qué horarios cumplía el actor pues las programaciones eran muy diferentes, así como tampoco tenía conocimiento de los pagos que le realizaban. De manera general, señaló que los horarios iniciaban por lo general tipo 4:00 o 4:30 a.m., pero que siempre había que estar media hora o a veces, inclusive, una hora antes porque llegaban en las rutas que los trasportaban hasta el lugar de trabajo, que había 3 clases de turno que era sacar del patio, operador de patio y operador de plataforma, y que la media hora u hora de anticipación aplicaba en el turno de sacar del patio, pues se debía alistar y revisar todo; que la operación era por turnos 6 y 8 horas, pero que casi nunca se cumplía con ello, programación que se consultaba el día anterior, bajo una plataforma de información. (min 1:03:37).

A su turno, William Cifuentes Medina indicó al despacho de primer grado que laboró con el demandante desde el 2005, sin embargo, que lo empezó a distinguir en el año 2012 por cuanto se encontraban a veces en la ruta, cuando iban a sacar los buses, en las plataformas, en los descansos y/o en los patios. Aseguró que el demandante recibía un pago de nómina que constaba del sueldo básico más una bonificación que en realidad era el mismo salario, concepto último que ascendía apropiadamente a un mínimo, el cual el empleador lo denominaba bonificación, y que cuando al conductor le hacían una multa o tenía un accidente de bus o rayón, se le descontaba. Aseguró que el demandante, como conductor de bus articulado, trabajaba todos los días, con un día de descanso a la semana, cumpliendo un horario que iba variando, a veces en la madrugada, otras en la tarde o en ocasiones en la noche, turnos en los que varias veces coincidieron con el declarante. Especificó que las actividades realizadas por todos los operadores de los buses eran las mismas, cumpliendo varios turnos programados por 8 horas diarias más el tiempo de descanso que se perdía porque tocaba trabajarlo, que en ocasiones se excedía ese horario el cual era programado por una plataforma a la que se accedía por internet y que a los turnos se debía llegar media hora o 45 minutos antes, en tanto que a veces si se llegaba al puesto donde estaba marcado el bus y no lo encontraba, se tenía que devolver para que le dieran otro bus o tiempo adicional en aseo del bus cuando no lo hacían los encargados (min. 1:26:22).

El señor Elvis Camilo Barreto presentó declaración en la que informó que conoce al actor como compañero de la empresa SI 99, donde en ocasiones entablaban conversaciones muy pocas, sin que recuerde el año en que lo conoció. Adujo que el demandante le comentó la modalidad contractual que tenía con la empresa, teniendo unos turnos de 8 horas diarias, que solían hablar frente al tema, además que en las tablas que le programaban al actor eran diferentes que las del declarante, pues el actor laboraba más tiempo. Explico que esos turnos e intensidad variaban, sin embargo, que a veces cuando el declarante ingresaba a trabajar a la misma hora que el demandante -a las 4:00 a.m.-, el testigo salía a hacer una diligencia, ya cuando regresaba a las 5:00 p.m. veía que el señor Rodríguez aún estaba trabajando, que eso sucedió en unas 5 o 6 ocasiones, aclarando que eran más de 800 operadores, entonces que no era diario el encuentro entre ambos, aclarando que no tenía conocimiento específico de los horarios del actor, sino que de vez en cuando lo miraba en la programación que subían en la página de internet. Agregó que a todos les pagaban un básico más

una bonificación incluida en el salario, que dependía de la buena labor que se realizaba en el ejercicio de las funciones, que, por ejemplo, cuando no cumplían con el tiempo que estipulaban, esa bonificación podrían descontarla como también cuando había un accidente o se les imponía una multa, que en patio o al recibir bus en plataforma debían estar antes previendo alistamiento del bus o protestas que pudieran darse, o a veces la hora final del turno se podía pasar más tiempo por contingencias, por varadas, manifestaciones, existiendo en alguna ocasión una plataforma para el tiempo que el operario estaba dentro del bus, sin que ese tiempo adicional se viera relacionado en el pago (min. 1:48:42).

La testigo Karen Rodríguez Forero afirmó que conoció al demandante cuando la declarante ingresó a laborar para SI 99 en el año 2015 en el cargo de Coordinadora de Nómina; que en el cargo que ocupa le consta que el actor tenía un contrato de trabajo a término fijo y se le cancelaba un sueldo básico más un beneficio prestacional adicional por unos cumplimientos de la empresa que tenían con Transmilenio, el que también lo recibía personal administrativo de la empresa no operador de bus articulado, el cual lo devengaban todo el personal de SI 99, beneficio que dependía de unos indicadores que tenía la empresa con Transmilenio, recalcando que el mismo no era prestacional pues era un indicador que de acuerdo con el cumplimiento que tuviese la empresa con Transmilenio se les otorgaba a los trabajadores, además que había quedado en el contrato que era un valor con dicha característica al ser de cumplimiento global. Indicó que fueron varios los trabajadores que se retiraron al mismo tiempo, desde una terminación hacia julio pagada la liquidación a finales de agosto o inicios de septiembre, dado que fueron como 600 personas que se retiraron con la documental requerida para ello, siendo tres personas encargadas que se redujo a dos personas (min. 2:13:31).

Respecto al trabajo suplementario alegado la honorable CSJ – Sala de Casación Labora ha adoctrinado que, atendiendo la carga de la prueba, regulada en el artículo 167 del CGP, le corresponde a la parte demandante demostrar su dicho, providencias radicación 42167 de 2012, reiterada en la CSJ SL460-2021, se precisó:

«[...] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros».

Sumado a lo anterior, la Alta Corporación en sentencia SL9997-2014 ha enfatizado que *«la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o*

suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo».

En este sentido, la carga de la prueba está a cargo del trabajador, pero que ésta debe ser concreta y específica de manera que permita determinar la época y duración de la jornada en la que realmente se prestó el servicio. Lo anterior, obedece a que el trabajador que busca una condena en cuanto a la referida retribución ha de generar el firme convencimiento de que el trabajo suplementario efectivamente se ha producido.

En ese sentido, se observa que el demandante no cumplió con la carga probatoria a la que se ha hecho alusión, pues no acreditó de manera certera a cuál fue el horario en que laboró o en el cual causó las horas extras pedidas tampoco si el horario se extendió más allá de la jornada legal, pues los testimonios de los señores Jaime Suancha Rodríguez, William Cifuentes Medina y Elvis Camilo Barreto no permiten concluir de manera cierta y precisa los turnos exactos que debió cumplir el actor durante toda la relación laboral ni mucho menos si, previo a recibir turno, el señor Rodríguez Rodríguez se presentaba mínimo media hora de anterioridad para alistar el bus articulado para iniciar operación, máxime cuando el primero de los testigos manifestó no tener conocimiento en qué condiciones de tiempo realizaba el actor sus actividades, pues tanto ese declarante como los demás narraron lo que les constaba de manera general según sus propias actividades y horarios a cumplir, sin tener constancia directa de los turnos realizados por el demandante, aunado diferentes formas descritas de recibir el bus articulado en patio o plataforma, por lo que es incierto si el accionante cumplió un mayor horario a las 8 horas programadas.

Se concluye que en el juicio no existe prueba de la ejecución de trabajo suplementario por parte del recurrente conforme lo establece el artículo 167 del CGP. Por ello, habrá de confirmarse en este punto la sentencia apelada.

Ahora bien, sobre si la bonificación por productividad tiene incidencia salarial para la reliquidación pretendida. Al respecto, los artículos 127 y 128 del CST, definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ, en sentencia SL4342-2020, reiteró:

“Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.

Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con

independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.”

Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.”

En consecuencia, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total

arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del CST (CSJ SL1798-2018).

De conformidad con lo expuesto, en el proceso se aportó el texto del contrato de trabajo celebrado entre las partes (índice 04- «*CONTRATO DE TRABAJO*»), en el cual se expresó en la cláusula décima primera lo siguiente:

“Cláusulas Adicionales: 1) Las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta valor en letras CIENTO MIL PESOS (\$100.000) se [sic] entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se [sic] determinará mediante el cumplimiento de las siguientes metas: Cumplimiento de las Reglas establecidas por Transmilenio (30%), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento en los horarios de trabajo (15%), cumplimiento de las reglas de convivencia (15%), cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%). Esta bonificación se pacta y así lo aceptan en forma expresa las partes, de conformidad con lo previsto en el Art. 128 del C.S.T., modificado por el Art. 15 de la Ley 50 de 1990”.

Adicionalmente, en dicha cláusula se pactó, entre otros, que *«El trabajador en forma expresa manifiesta conocer la existencia y el contenido del contrato de concesión 449 de 2003 suscrito entre EL EMPLEADOR y Transmilenio S.A. y se obliga a respetar todas las disposiciones que allí se encuentran contenidas, toda vez que el cumplimiento y ejecución de este contrato es la actividad esencial de EL EMPLEADOR y la causa de celebración de este contrato»*.

Para la Sala, la cláusula antes indicada no pierde validez, pese que el demandante en el interrogatorio de parte haya manifestado que dicho pacto estaba contenido en el contrato de trabajo que le hicieron firmar sin mayor explicación y si bien no existe discusión acerca de que la empleadora reconoció habitualmente al actor una suma independiente de la estipulada como salario, esta estuvo dirigida al cumplimiento de metas globales establecidas con la empresa Transmilenio, en virtud del contrato de concesión suscrito con la citada empresa, tal como quedó consignado en el contrato de trabajo donde de manera se estipuló que las aludidas metas consistían en: (i) Cumplimiento de las reglas establecidas por Transmilenio, (ii) protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus, (iii) cumplimiento de los horarios de trabajo, (iv) cumplimiento de reglas de convivencia y (v) cumplimiento de normas preventivas que se ilustran de cumplimiento global conforme el testimonio de Karen Rodríguez por parámetros de cumplimiento frente a Transmilenio

Es decir, fijadas en virtud del contrato de concesión celebrado con Transmilenio, de lo que se concluye que la intencionalidad de las partes al suscribir la citada cláusula no estuvo dirigida a remunerar directamente el servicio prestado, por el contrario, su entendimiento se circunscribe a cumplir condiciones generales establecidas para la empresa con el fin de garantizar parámetros en condiciones

de óptima operación, no frente a la prestación directa del servicio del demandante como trabajador, lo que explica porque como lo indico la testigo, el personal administrativo también recibiera aquella bonificación.

En cuanto al reproche efectuado por las partes respecto de la indemnización moratoria, ha de indicarse que ésta tiene una naturaleza sancionatoria, pues se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del contrato de trabajo.

El máximo órgano de cierre de esta especialidad considera que la indemnización moratoria pedida (art. 65 CST) tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles para no realizar el pago oportuno de las prestaciones sociales o salarios (CSJ SL 16528-2016 y CSJ SL1682-2019).

Observa la Sala de Decisión que la demandada adeudaba el pago de los saldos a la desvinculación del demandante, pues el contrato terminó el 3 de julio de 2019, y como lo aceptó el actor ese mismo año fue consignada en su cuenta de ahorros la suma por concepto de liquidación y pago de prestaciones sociales, empero ese espacio de 2 meses entre la terminación y el pago de lo debido, es un tiempo que si bien, como se expresa en el recurso de la accionada, se debió a la intensa actividad administrativa para la liquidación del contrato de trabajo a gran número de trabajadores, se trata del pago a la finalización del contrato de trabajo del cual se genera el estipendio del trabajador, por esto la extensión de tal término no puede considerarse de buena fe, pues es dable entender que primaba la vigencia para situar el pago final del contrato de trabajo, sin que la empresa probara cuál fue el plan de contingencia para responder al pronto pago de los emolumentos laborales, en razón de ello se confirmará en este punto la sentencia recurrida.

Por otra parte, no es procedente la condena extendida de la indemnización moratoria (artículo 65 del CST) por cuanto en el presente asunto no existe un impago definitivo de salarios y prestaciones, se itera el actor reconoció que el pago, aunque en forma tardía, sí se efectuó. Frente al punto de apelación del demandante relacionado con la responsabilidad del señor Víctor Raúl Martínez, contra el referido demandado no se demostró su calidad de empleador, tampoco siquiera hecho aducido de ser responsable solidario, por lo que no resulta procedente modificar el litigio como fue planteado, ni exceder condenas contra entidades o personas jurídicas diferentes a la que como empleador debía situar oportunamente el pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

Sin costas en la alzada. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

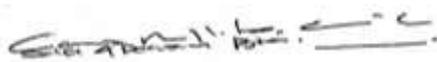
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en donde es demandante el señor ARGELIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y demandados SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., SI 03 S.A. y VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

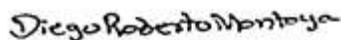
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **eebe120d12b7fc0c555fa23ddbc9febfc2c437a687c8e8af7ecaff29b3ffab6c**

Documento generado en 31/05/2023 05:52:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-021-2021-00585-01

Demandante: GLORIA ROCÍO RAMOS CHITIVA
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Obran con reconocimiento de personería adjetiva, por parte de Colpensiones la doctora CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con C. C. 1.129.580.577 y T.P. 219992 del C.S. de la J.; por parte de Porvenir S.A., el doctor DANIEL FELIPE RAMÍREZ SANCHEZ identificado con C. C. 1.070.018.966 y T.P. 373.906 del C.S. de la J.; conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá del 12 de septiembre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Gloria Rocío Ramos Chitiva llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora; y por otro lado, condenar a Colpensiones reactivar la afiliación de

¹ 30/11/21 pasa a despacho.

la demandante, considerando para todos los efectos legales que siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir los aportes y rendimientos devueltos por Porvenir, así como, actualizar, corregir y poner a disposición de la demandante la historia laboral; las costas del proceso y que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, al indicar que nació el 07 de julio de 1969; que estuvo afiliada al ISS desde que inició su vida laboral hasta el 2008; que en virtud de una campaña de desinformación generada por las administradoras de fondos de pensiones firmó formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con destino a Porvenir, el 12 de febrero de 2009, efectuando el traslado para el 01 de abril de 2009; que durante el acto de afiliación no le suministraron la información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión al trasladarse de régimen, sus características, diferencias, ventajas y desventajas, requisitos para acceder a la pensión en ambos regímenes, así como que, en el RPMPD el monto de la pensión de vejez no está sujeta al comportamiento de la economía y el mercado financiero, como si ocurre en el RAIS, ni que podía cambiarse de régimen antes de los 10 años para alcanzar la edad de los 57, sin que exista prueba alguna de que se le brindó información pertinente y completa².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir se opuso a las pretensiones de la demanda, indicó que la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de Porvenir S.A. con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Formuló como excepciones, las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe»³

Por su parte Colpensiones, se opuso a las pretensiones. En su defensa argumenta que el formulario de vinculación se suscribió en forma libre y espontánea, demostrando que recibió asesoría completa, clara y comprensible, generando derechos y obligaciones por parte del afiliado y de la AFP; agregó que la demandante pudo retornar al RPM y retractarse de su decisión antes de cumplir 57 años, pero no lo hizo, además que, no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito, entre otras: «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «saneamiento de la nulidad alegada»⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

² Exp. digital: «01DemandayAnexos.pdf»

³ Exp. Digital «05ContestaciónDemandaPorvenir.pdf»

⁴ Exp. Digital: «08ContestaciónDemandaColpensiones»

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora GLORIA ROCIO RAMOS CHITIVA al régimen de ahorro individual con solidaridad el 12 de febrero de 2009, con fecha de efectividad a partir del 1° de abril de la misma anualidad por intermedio de PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante - aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora GLORIA ROCIO RAMOS CHITIVA. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.⁵”

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir S.A interpuso recurso de apelación, argumenta que no existen razones fácticas ni pruebas, tampoco jurídicas que conduzcan a la declaratoria de la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó al RAIS, pues quedó demostrado dentro del proceso la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación, única obligación para el momento del traslado, del mismo modo, si bien en su declaración no manifestó detalladamente las condiciones de tiempo, modo y lugar sobre las características que le fueron informadas, también es cierto que con el paso del tiempo es entendible la distorsión de algunas de las respuestas. Asimismo, continuó, que para la fecha de la afiliación a la AFP no le

⁵ Exp. Digital: «17 AudioAudiencia29-08-2022»

era atribuible la obligación de emitir o elaborar una doble asesoría o de buen consejo, nada más allá de la suscripción del formulario de afiliación. Afirmó que, a lo largo de los años se ha administrado la cuenta de ahorro individual de la demandante, situación que se le fue informada a través de los extractos de su cuenta de ahorro individual como unas comunicaciones que se registraron para el año 2015, indicando una reasesoría previo al cumplimiento de los 47 años, pues aunque no se allegan constancias adicionales de la entrega o recibido debe decirse que estas fueron enviadas a la dirección que reposaba en los archivos de información de Porvenir.

En lo que respecta a la condena de devolver los rendimientos y gastos de administración, resaltó que se están desbordando lo efectos de la ineficacia teniendo en cuenta que como lo manifiesta la H. Corte Suprema de Justicia el efecto de esta figura es *declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás*, en ese sentido, se tendría que los frutos obtenidos de la cuenta de ahorro individual no se generaron, en tanto, los rendimientos financieros, al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una condición diferente de la que se encontraría si fuera parte del RPMPD, dado que recibiría dineros que no se generarían en este régimen pensional en contravención al artículo 897 del Código de Comercio y el 1746 del Código Civil; sobre las restituciones mutuas, consideró que tampoco es procedente la indexación de los valores pues se ordena correr traslado a una cuenta de ahorro individual con unas mejoras, las mismas estarían comprimiendo cualquier contingencia que deba asumir la administradora al momento de reconocer derechos pensionales, esto en consideración a lo mencionado por el Concepto emitido por la Superintendencia Financiera sobre las devoluciones. (Al índice 16. Minuto 56:40)

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que la demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas conforme el artículo 13 del Ley 100 de 1993 literal b., que la declaratoria de ineficacia perjudicaría más a Colpensiones afectando el principio de sostenibilidad del sistema, cuando la afiliación se dio para el año 2009, 13 años a la fecha, volviéndose un imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, pues para la fecha no era obligatorio conservar un registro documental del mismo, más allá del formulario; añadió que, aunque la Corte Suprema de Justicia utiliza como normal la aplicación del deber de información del Decreto 663 de 1993, insistió, que ese deber únicamente se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. De manera subsidiaria, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Porvenir previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y demás condenas, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta el tanto que la AFP no reintegre los recursos, igual solicitó no se condene en costas pues no hizo parte del acto ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño. (Al índice 16. Min 1:00:55)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de

apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Gloria Rocío Ramos Chitiva del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 07 de julio de 1969 (al índice 1 pdf, 25); ii) se afilió a Colpensiones el 27 de octubre de 1995 (al índice 8 pdf, 193); iii) el 12 de febrero de 2009 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Porvenir (al índice 5 pdf, 61).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 30/11/2021 (índice 02) tenía cumplidos 52 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 01, pdf 32) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en su caso para solicitar el traslado y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

De esta forma, se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado que se realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo a efectuar el traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho

a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la

existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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 otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutivo de la sentencia apelada, por lo que en este aspecto esta debe confirmarse, aunado que, en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual las recurrentes no obtuvieron sentido favorable frente al marco de

excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones que pase a tener a la demandante como una afiliada válida al régimen pensional que esta administra y no el estado de afiliación a Colpensiones, como efecto de la declaración de ineficacia, no se supedita a la relación entre esta entidad y los fondos administradores en el RAIS, en tanto la primera no puede alegar frente al afiliado que la sentencia no resulta exigible en tanto estas no le trasladen la totalidad de los recursos ordenados. Conforme lo expuesto se confirmará la sentencia consultada y recurrida. Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

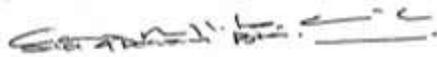
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito el día doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora GLORÍA ROCÍO RAMOS CHITIVA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERECERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **347b1b69a1287b26392ab84ed6bfb0239e66a739a3896fd04f670c7c66bbff68**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-030-2020-00355-01

Demandante: LIGIA CONSTANZA VALENCIA ROSAS

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A,
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Obran con reconocimiento de personería adjetiva, por parte de Porvenir S.A., el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C. C. 79.985.203 y T.P. 115.849 del C.S. de la J.; conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá del 10 de junio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Ligia Constanza Valencia Rosas llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.-, a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, junto con los rendimientos; así como se ordene a Colpensiones a recibir todos los dineros trasladados, aceptar la afiliación, las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, en síntesis, al indicar que estuvo afiliada a Colpensiones desde el 03 de octubre de 1978 a julio de 1997, a 1999 por tiempo público; que en el mes de diciembre de 1999 se afilió a Porvenir, en donde se encuentra actualmente. Señaló que para la fecha del traslado no se le informó las condiciones para pensionarse dentro del régimen de primera media con prestación definida, el cálculo actuarial, las condiciones y valor de la mesada. Añadió que, Porvenir la indujo erróneamente a migrar al régimen de ahorro individual al no advertirle las contingencias de su decisión; que nunca se le suministró información clara, completa, veraz y certera acerca de las consecuencias y efectos futuros de abandonar el régimen de ahorro individual con solidaridad. Agregó que, en su cuenta de ahorro individual cuenta con \$260.780.288, monto sobre el cual accedería a su pensión de vejez, no obstante sería muy inferior al que tendría si hubiere continuado cotizando con el Seguro Social, hoy Colpensiones. Por último, señaló que nació 07 de septiembre de 1956, que tiene 64 años y que su ahorro en el RAIS no es suficiente para cubrir su mínimo vital¹.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a la totalidad de las pretensiones al considerar que el acto de traslado se ajustó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el hecho de haber permanecido en el RAIS condujo a la ratificación de su traslado. Propuso como excepciones de mérito, entre otras: «*hecho de la víctima / afiliado*», «*perfeccionamiento del acto inexistente*», «*saneamiento de la nulidad*», «*protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero*», «*prescripción y caducidad*»².

Por su parte, Porvenir informó que siempre brindó información clara, precisa, veras y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 por lo que la suscripción del formulario de afiliación fue una decisión libre, espontánea e informada por parte de la demandante. Formuló como excepciones, las de «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación*», «*compensación*», «*excepción genérica*»³.

Por auto del 07 de julio de 2021 se vinculó como litisconsorte necesaria a la AFP Protección S.A, ya que se evidenció que la demandante el 01 de marzo de 1998 se trasladó al RAIS por medio de la AFP Colmena, hoy Protección S.A.⁴

Protección S.A, se opuso a las pretensiones. Argumenta que el formulario de vinculación se suscribió en forma libre y espontánea, demostrando que recibió asesoría completa, clara y comprensible. Propuso como excepciones de mérito, entre otras, las de: «*prescripción*», «*aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones*», «*aplicación del precedente sobre*

¹ Exp. Digital «01DemandaAnexos.pdf»

² Exp. Digital «05ContestacionColpensiones.pdf»

³ Exp. Digital: «06ContestacionPorvenir.pdf»

⁴ Exp. Digital: «07Auto6Julio2021.pdf»

los actos de relacionamiento al caso en concreto», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima 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», «traslado de aportes»⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora LIGIA CONSTANZA VALENCIA ROSAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.456.760, del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES a COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A. con fecha de firma de la solicitud 28 de enero de 1998 con efectividad a partir del 1 de marzo de 1998, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora LIGIA CONSTANZA VALENCIA ROSAS al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a la parte motiva.

TERCERO: Condénese a PORVENIR S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo la demandante es decir desde que cobro efectividad 01 de diciembre de 1999 hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo demandado, debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo la demandante es decir desde 1° de marzo de 1998 y el 30 de noviembre de 1999, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora LIGIA CONSTANZA VALENCIA ROSAS,

⁵ Exp. Digital: «09ContestacionProteccion.pdf»

actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declárense no probadas las excepciones de fondo planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SÉPTIMO: Condénese en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE \$3.600.000. (3.6 smlmv). A cargo de porvenir S.A. y UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.8000.000) (1.8 smlmv) a cargo de Protección S.A.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOVENO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES⁶.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A interpuso recurso de apelación, ya que dentro del proceso quedó demostrado que brindó información clara y suficiente sobre los efectos del cambio de régimen, por lo anterior, que el despacho no valoró el consentimiento informado el cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento público en el que consta que la demandante realizó el traslado de manera voluntaria, espontánea y sin presiones, único requerimiento legal para la fecha. Añadió que, Porvenir siempre garantizó el derecho al retracto que se probó con la publicación que realizó en el diario «*El Tiempo*» el 14 de enero de 1994, sin que la actora ejerciera dicha facultad, lo cual no se valoró como una diligencia de su parte y que debe valorarse como tal; aunado a lo anterior, precisó que el principio de autonomía de la voluntad privada, de conformidad con la sentencia C-341 de 2006, que crea efectos vinculantes de los derechos y obligaciones siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Resaltó que no proceden la condena por gastos de administración conforme a que dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, pues también en RPMD destina un 3% de cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia dichos gastos en ambos regímenes no firman parte integral de la pensión de vejez, y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción. De igual manera, que ordenar el traslado de esos gastos, estaría

⁶ Exp. Digital: «14ActaAudiencia10Junio2022.pdf»

configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues la ley 100 de 1993 menciona cuales deben ser los dineros trasladados cuando hay cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluido los rendimientos, lo que se evidencia que no están destinados a financiar la prestación de la afiliada y, que no pertenecen a la afiliada, sino al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual de esta afiliada, en consecuencia, indicó que no procede esta pretensión, pues igualmente, debería condenarse a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados a su cuenta, de conformidad con el artículo 747 del Código Civil. (Al índice 16. Minuto 40:34).

Protección S. A. presentó y sustentó recurso de apelación, manifestó que el *a quo* se equivocó al aseverar que no se probó la asesoría realizada, en virtud del artículo 244 del CGP el formulario de afiliación es un documento al que no se le debe restar valor probatorio, pues se realizó con los requisitos exigidos para la época. Adicionalmente, mencionó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 794 de 2003 al encontrarse a menos de 10 años para pensionarse, normatividad que fue revisada por la Corte Constitucional y declarada exequible en la sentencia T-764 de 2004 (sic). Sobre las obligaciones de la afiliada, precisó que, de conformidad con el estatuto financiero, los consumidores deben informarse sobre los productos o bienes, observar las instrucciones y recomendaciones, revisar términos y condiciones, e informarse sobre los órganos y medios con los que cuentan, por lo que, consideró, que en presente caso se evidencia la negligencia en el cumplimiento de estas por parte de la demandante.

En relación con las condenas de los gastos de administración, según las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia de la afiliación y que este acto nunca existió, no se puede desconocer que se produjo frutos y mejoras, tal y como constata en los rendimientos financieros. Asimismo, que al confirmar la condena de estos gastos, se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la actora y en detrimento de Protección, los cuales no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que sería más como una sanción. Sobre costas resaltó que las actuaciones de Protección estuvieron precedidas de la buena fe, buena moral y costumbres. (Al índice 16. Minuto 44:14)

Colpensiones sustentó recurso de apelación, manifestó que es la más afectada en los procesos de ineficacia, pues impone una carga injustificada teniendo en cuenta que no participó en el acto de traslado que la demandante afirma no existió suficiente información, ni la promotora para que la actora se desafiliara del extinto Seguros Sociales. Por lo tanto, solicitó se modifique la condena en el sentido de que se condene a Colmena, hoy Protección a que sea este fondo quien deba tratar, como excepción a la norma y por vía de mandato judicial, al afiliado conforme a las reglas de prima media, incluyendo el reconocimiento de la pensión de vejez, esto con fundamento en la función primordial de proteger los dineros que se

encuentran en la cuenta común que corresponde a todos lo afiliados del régimen de prima media, requiriendo que sea la administradora en el RAIS, que pensione a la demandante de acuerdo a las normas del RPMPD, pues ninguna condena suple el valor pensional y perjuicios irrogados a su representada. (Al índice 16. Minuto 49:48)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Ligia Constanza Valencia Rosas del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 07 de septiembre de 1956 (al índice 1 pdf, 24); ii) se afilió al ISS el 22 de abril de 1996 (al índice 1 pdf, 25); iii) el 28 de enero de 1998 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Colmena, hoy Protección (al índice 9 pdf, 18); iv) el 29 de octubre de 1999 se trasladó a Porvenir (al índice 6 pdf, 65).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 20/10/2020 (índice 02) tenía 64 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 01, pdf 45) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se parte de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades

administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la

ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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 otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal Tercero y Cuarto de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Protección S.A y Porvenir S.A a que retornen a Colpensiones, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara por aseguramiento de la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretender la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual las recurrentes no obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones quien tenga que recibir los aportes mencionados y sin que resulte válido modificar el litigio planteado a efecto que sea la administradora en el RAIS que reconozca emolumento pensional a la actora bajo las normas del RPMPD

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

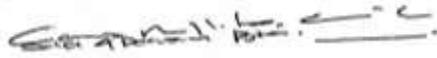
PRIMERO. ADICIONAR el ordinal Tercero y Cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito el diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora LIGIA CONSTANZA VALENCIA ROSAS y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., para ordenar a PORVENIR y PROTECCIÓN que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, retornen a Colpensiones el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

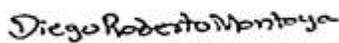
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **36a41c548844528808e94e9087c52ae7aac1971c504007be73010c4464dc3823**

Documento generado en 31/05/2023 05:51:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>