



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 14 2018 00128 01
Demandantes: YOLANDA BERNAL PABÓN
Demandados: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante *Yolanda Bernal Pabón*, respecto de la sentencia proferida el 09 de agosto de 2019, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Yolanda Bernal Pabón*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, y *Colfondos S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 24 de febrero de 1996 con la *AFP Colfondos S.A.*, por incumplimiento del deber de información; en consecuencia de lo anterior se disponga el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a trasladar a *Colpensiones* el valor de total de los dineros que reposan en la cuenta de Ahorro Individual, que se condene a la *AFP Colfondos S.A.*, al pago de una indemnización económica por los perjuicios materiales y morales causados a la actora, más las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació 30 de octubre de 1960; que cuenta con más de 57 años de edad, que el 24 de febrero de 1996 encontrándose vinculada con el empleador *Fiscalía General de la Nación*, se trasladó a la *AFP Colfondos S.A.*, sin haber recibido la información clara, completa y oportuna por parte del Fondo que la recibió, siendo inducida en error y asaltada en su buena fe; que la *AFP Colfondos*



S.A., le entregó simulación pensional la cual arrojó una mesada pensional para el año 2017, fecha en la que arribó a los 57 años, inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colfondos S.A., operó la *litis contestatio* señalando que la actora se trasladó de régimen el día 24 de febrero de 1996 de forma libre y voluntaria, previa asesoría del agente comercial y con el lleno de los requisitos legales exigidos; se opuso a la totalidad de las pretensiones al indicar que se le asesoró acerca de las características y diferencias de cada régimen, a fin que la afiliada hiciera uso de su derecho de libre elección y escogencia de administradora de fondo de pensiones, que el formulario suscrito por la afiliada se ajusta a la ley y el traslado no incurrió en ninguna prohibición legal, por lo que no hay lugar al pago de indemnización alguna.

Propuso y sustentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, falta de prueba de los elementos de la responsabilidad y de los perjuicios que aduce se han causado a la parte demandante, y la innominada o genérica

Por su parte, *Colpensiones* se opuso a las pretensiones indicando que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que efectuó el traslado de régimen pensional, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentado que el traslado tiene plena validez y no se configuraron vicios de consentimiento.

Propuso y sustentó las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.



II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 9 de agosto de 2019, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se trasladó válidamente a *Colfondos S.A* el 24 de febrero de 1996, trayendo a colación la sentencia SL31989 de 2008, precisando que cuando el traslado de régimen implique la pérdida de un beneficio consolidado, es deber de las administradoras informar sus consecuencias y riesgos; situación que no ocurrió en el presente caso, dado que la actora al momento del traslado no tenía consolidado derecho pensional alguno al no estar inmersa en algún régimen de transición, en consecuencia, la AFP *Colfondos S.A* suministró la información, indicando características como las modalidades de pensión, diferencias entre regímenes, bonos pensionales y devolución de aportes.

Que no se puede tener desconocimiento de la Ley, toda vez que el consentimiento informado no depende únicamente de la información que suministre el asesor, en tanto es deber del ciudadano conocer las leyes a la luz del artículo 9 del Código Civil, que el error sobre un punto de derecho recae sobre el contenido de las normas jurídicas y no vicia el consentimiento conforme el artículo 1509 del Código Civil y el error de hecho si lo vicia al tenor del artículo 1510 *ejusdem*, cuando recae sobre la identidad o el objeto que versa el acto, y para el caso particular no se configuró error alguno puesto que las partes conocieron y estuvieron de acuerdo que hacían un traslado de régimen pensional, distinto al administrado por el extinto ISS; que para la fecha del traslado no era factible estimación del monto pensional puesto que la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad está sujeta a variables como el rendimiento fluctuante de la economía y que el deber de información surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014, luego no hay incumplimiento de la obligación, al no ocultarle información relevante que le causara perjuicio.

III.- RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la parte actora *Yolanda Bernal Pabón*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que la sentenciadora de



primer grado dio por probado que la demandante conocía las características propias del régimen del traslado, omitiendo que la AFP *Colfondos S.A* tenía la obligación de demostrarlo; que fue probado durante el proceso que la AFP le indujo la convicción que sus aportes de más de doce años de cotización se iban a perder y eso le hizo tomar la decisión de trasladarse por no contar con la información adecuada; traslado que no fue voluntario, en tanto no se acreditó que a la afiliada se le hayan explicado las características propias del traslado; finalmente, señala que ni jurisprudencialmente ni legalmente se ha condicionado la ineficacia del acto de afiliación en virtud del régimen de transición.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de



manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por*



parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente



si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Colfondos S.A.*, (Fl 112) en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 24 de febrero de 1996, y el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues como lo manifestó, la afirmación de la asesora al indicar que el *ISS* se iba acabar y que podía verse perjudicada en los aportes que había realizado, señala fue lo que la llevó a tomar la decisión del traslado; así mismo, la restante prueba documental y publicaciones efectuadas en medios de comunicación por la demandada *Colfondos S.A.*, (Fls 106 a 111), no dan cuenta que la AFP *Colfondos S.A.*, haya acreditado de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Por ende no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.



“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Cabe señalar que al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos S.A, que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de las accionadas.

VI.- DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2019, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar; para en su lugar;



SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 24 de febrero de 1996 con la AFP *Colfondos S.A.*, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP *Colfondos S.A.*, a trasladar la totalidad valores de la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con sus rendimientos, gastos de administración y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *Colpensiones*.

CUARTO: CONDENAR a *Colpensiones*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *Yolanda Bernal Pabón*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito elevadas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 20 2018 00625 01
Demandantes: ENRIQUE SUESCUN CORTES
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

Auto

Como quiera que Protección y Colpensiones, allegan poderes se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de Protección S.A a la profesional del derecho *Olga Viviana Hernández Téllez* identificada con C.C No 52.532.969 y T.P No 228.020 del C.S.J. Así mismo, a la doctora *Mónica Esperanza Tasco Muñoz* identificada con C.C 1.018.451.024 y T.P 302.509 en calidad e apoderada de Colpensiones.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones*, y *Porvenir S.A.*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 22 de julio de 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Enrique Suescun Cortes*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A*, para que se declare la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 25 de octubre de 1994 con la *AFP Protección S.A.*, así como la nulidad de la afiliación efectuada a *Porvenir S.A* el día 30 de diciembre de 2002, y en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior como si nunca se hubiese trasladado de régimen el actor, más las condenas *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació 17 de abril de 1956 y cuenta con más de 62 años de edad; que el 25 de octubre de 1994 encontrándose vinculado con el empleador *Praco Didacol S.*, se trasladó a la AFP *Colmena – ING hoy Protección S.A.*, sin haber recibido la información clara, completa y oportuna por parte del Fondo que lo recibió; que el 30 de diciembre de 2002 se trasladó a la AFP *Porvenir S.A.*; que continuó realizando cotizaciones ininterrumpidas en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad hasta acumular al 28 de febrero de 2016, un total de 1.562 semanas; que la AFP *Porvenir S.A.* le entregó una simulación pensional la cual arrojó una mesada pensional para el año 2018 fecha, en la que arribó a los 62 años, inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; finalmente que radicó derecho de petición solicitando el traslado de régimen pensional, el cual fue negado por la accionada *Porvenir S.A.*

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que efectuó el traslado de régimen pensional, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda; aportó la historia laboral en la que se evidencia que el actor acumuló en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 473,29 semanas.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones indicando que el actor se trasladó de AFP a *Porvenir S.A.*, el día 1º de febrero de 2003 (Fls 103 a 105); que el traslado de régimen que realizó el demandante no se hizo en contra de una prohibición legal, y se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la información y asesoría completa y personalizada.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.



Protección S.A contestó señalando que el actor se trasladó de régimen con *Davivir hoy Protección S.A.*, el día 11 de octubre de 1994 recibiendo asesoría objetiva e integral, información de las características de ambos regímenes y las diferencias entre los mismos; lo que llevó al actor a elegir de forma libre, voluntaria e informada a esa AFP, expresando su consentimiento con la firma en el formulario de vinculación, por lo que se opone a las pretensiones incoadas en razón al cumplimiento de los requisitos de existencia y validez del acto celebrado.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de casusa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 22 de julio de 2019, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad y/o ineficacia de afiliación o traslado del régimen pensional a la *AFP Davivir-Colmena hoy Protección S.A* realizada el día 11 de octubre de 1994 y consecuentemente el traslado horizontal realizado a la *AFP Porvenir S.A.*, celebrado el día 30 de diciembre de 2002; ordenó a *Porvenir S.A* realizar la devolución de todos los aportes girados a su favor junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si existiesen, a su emisor; declaró a *Colpensiones* como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media, y se trasladó a *Davivir, hoy Protección S.A.*, el 11 de octubre de 1994, sin que se acreditara que se haya dado la información suficiente respecto de los beneficios y desventajas que le acarreaba el traslado de régimen, pues de la prueba documental y testimonial, así como del interrogatorio de parte no se demuestra una situación contraria.

Estimó que tal y como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, citando entre ellas las sentencias SL31989/2008, SL1688/2019 y SL1689/2019 entre otras, la suscripción del formulario no prueba que el actor haya recibido por parte del asesor la información suficiente para tomar la decisión de traslado de régimen, que en atención al escaso material



probatorio aportado por las demandadas y en virtud de la inversión de la carga de la prueba, no se logró establecer que haya existido un consentimiento libre e informado.

Respecto de la excepción de prescripción indicó que no se configura la misma en atención a que la declaratoria de nulidad está relacionada con el derecho a la pensión y en esa medida lo accesorio sigue la suerte de lo principal, adicionalmente por el carácter que ostenta la pretensión en sí misma.

III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la demandada *Colpensiones* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que el accionante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al expresar su voluntad al momento de la suscripción del formulario; señaló que la condena impuesta vulnera el principio de sostenibilidad financiera al haber estado afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por más de veinte años; señala que existe contradicción en el dicho de la testigo al momento de rendir su testimonio y lo expresado en la declaración extra juicio aportada en la demanda, pues señala que la presentación por parte del fondo se hizo de manera grupal y posteriormente afirma que no hizo parte; finalmente indica que *Colpensiones* no tiene injerencia en el negocio suscrito entre el demandante y la AFP, y que al ser un consumidor financiero estaba en la obligación de cumplir con su deber de información consagrado en el artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, por lo que se vulnera el principio de relatividad contractual.

Por su parte, el apoderado de la AFP *Porvenir S.A.*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que, frente a la ineficacia de la afiliación debe analizarse cada caso en particular; que en el presente asunto el actor no ostentaba ningún derecho adquirido o expectativa legítima y en consecuencia su representada le brindó la asesoría pertinente al momento del traslado de AFP, pues el traslado de régimen se efectuó a un fondo anterior en donde voluntariamente solicitó afiliarse, y en consecuencia no podría aplicarse el artículo 167 del Código General del Proceso, puesto que su representada no estuvo inmersa en dicho acto jurídico; asimismo señaló que el Decreto 720 de 1994 no exige que los asesores tengan especialidad en el área específica.



Argumenta que el demandante manifestó haber adelantado en el año 2008 las gestiones para cambiarse de régimen y pasados 10 años presenta la demanda. Finamente, presenta su reparo frente a la excepción de prescripción indicando que está llamada a prosperar en razón a que el objeto de debate versa sobre prestaciones económicas en razón a la diferencia de la mesada pensional que se da en uno y otro régimen.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona



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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que*



con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del



traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Davivir hoy Protección S.A.*, (Fl 135) en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 11 de octubre de 1994, y el formulario de afiliación con *Porvenir S.A* (Fl 13), los cuales si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, sin que la prueba testimonial ni la restante prueba documental de cuenta de ello, siendo igual corroborado con el interrogatorio de parte rendido por los representantes legales de las demandadas, al referir que para la época no había exigencia legal de documentar respecto la información brindada al afiliado y que la única existente es el formulario de afiliación.

De igual manera las publicaciones efectuadas en medios de comunicación por las demandadas (Fls 115, 116, 141 y 142), tampoco acreditan el deber de



información. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Manifiesta el apoderado de *Porvenir S.A.*, que no le es aplicable la disposición del artículo 167 del Código General del Proceso; sin embargo, se reitera el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3199-2020 en la que se estipuló que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones y el traslado de AFP en el mismo régimen no convalida el acto inicial de traslado de régimen.

Así mismo, si bien el demandante expresó en su interrogatorio de parte (1:31:26), haber adelantado en el año 2008 las gestiones para trasladarse de régimen, no puede endilgarse que tardíamente presentará su reclamación como lo señala el apoderado de la AFP *Porvenir* en su recurso, pues a pesar que no obra prueba en el expediente que relate tal situación, es claro que del documento de identificación que reposa en el mismo (Fl 10) se evidencia que el actor arrió a los 62 años el 17 de abril de 2018, por esta razón para el año 2008 el actor se encontraba inmerso en la prohibición de traslado establecida por el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a la excepción de prescripción alegada, como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual se ajusta a derecho la decisión del *a-quo* al declarar no probada la excepción de prescripción.

En lo que respecta al reparo por parte de la demandada *Colpensiones* no se evidencia contradicción en el dicho de la testigo (0:38:28) y lo expresado en la declaración extra juicio (Fl. 65), pues en los dos se indica, así como en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, que la información suministrada por los asesores en la presentación que realizaron de forma grupal se indicó que ante la grave situación del ISS este acabaría y que de trasladarse se podría pensionar a cualquier edad, situación que asevera que el actor no recibió ilustración detallada sobre aspectos como las características de cada régimen, la



forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Frente al quebrantamiento del principio de relatividad contractual, es claro que este principio no es absoluto, toda vez que la eficacia de los actos jurídicos no solo se restringe al interés de las partes, sus efectos pueden incidir en partes ajenas al convenio.

En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus



afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

Por lo anterior, no le asiste razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todo los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en cuenta cuenta individual.

Finalmente, se debe acotar que tal como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2022, refirió:



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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los emolumentos que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 **26 2018 00413 01**
Demandantes: CLAUDIA MICHELSEN NIÑO
Demandados: COLPENSIONES, OLD MUTUAL Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

AUTO

En consideración a la sustitución del poder allegada por *COLPENSIONES*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *María Elena Fiero García* identificada con C.C. No. 1.024.463.217 y T.P No. 291.785 del CSJ en calidad de apoderada de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Porvenir S.A* y *Old Mutual S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Claudia Michelsen Niño*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Old Mutual S.A., y Porvenir S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 2 de octubre de 1995 con la *AFP Porvenir S.A* así como la nulidad de la afiliación efectuada a *Skandia S.A*, el día 07 de febrero de 2006, y en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior como si nunca se hubiese trasladado de régimen la actora, más las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Fundó sus pretensiones en que nació 14 de septiembre de 1960; que cuenta con más de 60 años de edad, que el 02 de octubre de 1995 encontrándose vinculada con el empleador *Instituto Geográfico Agustín Codazzi*, se trasladó a la AFP *Porvenir S.A.*, sin haber recibido la información clara, completa y oportuna por parte del Fondo que la recibió; que el 07 de febrero 2006 se trasladó a la AFP *Skandia S.A.*; que continuó realizando cotizaciones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hasta acumular al 30 de noviembre de 2016, 1.609 semanas; que la AFP *Old Mutual S.A.*, hoy nuevamente *Skandia S.A.*, entregó simulación pensional la cual arrojó una mesada pensional para el año 2017 fecha en la que arribó a los 57 años, inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que efectuó el traslado de régimen pensional, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentado que el traslado tiene plena validez y la declaratoria de nulidad del mismo generaría descapitalización.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Porvenir S.A contestó señalando que la actora se trasladó de régimen el día 2 de octubre de 1995, recibiendo información de acuerdo a los parámetros establecidos para la época en la cual se llevó a cabo la afiliación, siendo asesorada sobre las posibles desventajas como ventajas del traslado de régimen pensional, se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestado que el acto jurídico celebrado se encuentra libre de vicios en el consentimiento y cumple con los requisitos de ley para la validez del mismo.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica



Por su parte, *Old Mutual S.A*, hoy nuevamente *Skandia S.A*, se opuso a las pretensiones indicando que la actora se trasladó de AFP a *Skandia S.A*, el día 02 de febrero de 2006, que la afiliación a su representada no obedeció a un cambio de régimen pensional sino a un traslado de administradora de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que la demandante de manera voluntaria, libre e informada tomó la decisión de vincularse y así lo expresó al momento de suscribir el formulario de afiliación.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 16 de agosto de 2019, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad y/o ineficacia de afiliación o traslado del régimen pensional a la *AFP Porvenir S.A*, realizada el día 2 de octubre de 1995, condenó a *Old Mutual S.A*, hoy nuevamente *Skandia S.A*, a transferir la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, condenó a *Colpensiones* aceptar dichos aportes y contabilizarlos para efectos pensionales junto con las semanas cotizadas.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se trasladó a *Porvenir S.A* el 2 de octubre de 1995, sin que se acreditara que se haya dado la información suficiente respecto de los beneficios y desventajas que le acarrea el traslado de régimen, pues de la prueba documental y del interrogatorio de parte no se demuestra una situación contraria.

Para tal efecto estimó que las accionadas no cumplieron con la carga de la prueba en virtud de la inversión de la misma, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, citando la sentencia SL12136/2014, pues del formulario allegado solo se puede constatar que se suscribió, más no se puede establecer si se le dio información completa y clara sobre las características de cada régimen, o si se le puso de presente sus derechos y obligaciones previstos en los artículos 97 y 114 de la Ley 100 de 1993. Que si bien es cierto que se le informó que se podía pensionar antes de tiempo, no se le explicó la forma como podía hacerlo; tampoco *Skandia S.A* acreditó que se le haya



suministrado la información concreta, oportuna y eficaz; y al no probarse la existencia un consentimiento libre e informado por parte de las AFP el acto jurídico se estima como ineficaz.

III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la AFP *Porvenir S.A*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que el precedente jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba no tiene aplicación en el presente asunto, ello en tanto la omisión de la información corresponde a las características de cada caso concreto y en este asunto no quedo determinada su incidencia; que la afiliación se realizó bajo los preceptos de la Ley 100 de 1993, época en la que apenas se tenía unas interpretaciones lógicas gramaticales de la norma, argumentando que el deber de asesoría ha evolucionado y que para la data de los hechos se realizaba de forma verbal. Argumenta que existe negligencia en los asuntos personales pensionales de la demandante, pues en el interrogatorio de parte manifestó que tenía una persona encargada de revisar los extractos que le suministraba su representada por los canales de información; finalmente repara que, al trasladarse de AFP, ese acto posterior valida el anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 898 del Código de Comercio y que el debate versa sobre un error de derecho que es el monto de su mesada pensional más no sobre las formalidades del acto del traslado, pues no quedó demostrado que el monto tenga incidencia sobre el acceso al derecho pensional.

Por su parte la apoderada de *Old Mutual S.A.*, hoy nuevamente *Skandia S.A.*, interpuso recurso de apelación parcial contra el numeral segundo de la sentencia, manifestado que los gastos de administración están conformados por la comisión a favor de las administradoras y por el seguro provisional que lo componen las primas correspondientes para efectos de la pensión de sobrevivientes e invalidez, riesgos que fueron cubiertos durante el tiempo que estuvo afiliada y que de devolverse generaría un enriquecimiento sin justa causa para *Colpensiones*.

Señaló que los jueces al fallar *ultra y extra petita*, deben atender las reglas del debido proceso, indicando que del contenido factico, pretensiones, así como en la fijación del litigio, no se habló de gastos de administración y en consecuencia la condena impuesta vulnerara el derecho de contradicción y defensa.



Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre



escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,



independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Porvenir S.A* (Fl 14) en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 2 de octubre de 1995, formulario de afiliación con *Skandia S.A* (Fl 15) el cual si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, ni la restante prueba documental da cuenta de ello, siendo esto corroborado con el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada *Porvenir S.A.*, al referir que la información brindada a la afiliada fue verbal y de forma general junto con las características propias de los regímenes pensionales, y que obra únicamente formulario de afiliación. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Manifiesta la apoderada de *Porvenir S.A.*, que el precedente jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba no tiene aplicación en el presente asunto, sin embargo, se reitera el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3199-2020 en la que se estableció que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento en el deber de información corresponde al Fondo de Pensiones.

Del material probatorio es claro que la actora no recibió ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la



mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Respecto de la ratificación del acto invocando el artículo 898 del Código de Comercio, se precisa que el traslado de AFP en el mismo régimen no convalida el acto inicial de traslado de régimen, y al no acreditarse por parte de las AFP que suministraran la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de sus actos, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

En cuanto al reproche de negligencia en los asuntos personales de la accionante, por el hecho de tener una tercera persona que revisaba los extractos que le enviaba su fondo pensional, dicha situación en manera alguna acredita el cumplimiento del deber de información.



Frente a la inconformidad de *Old Mutual S.A.*, hoy nuevamente *Skandia S.A.*, en lo que tiene que ver con los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora 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.”

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aunado a que la aquí demandante ostenta la calidad de afiliada y por ende no afectó las primas por los riesgos de invalidez o sobrevivientes.

Es así que, el *a-quo* no vulneró los derechos de contradicción o defensa como estima la apoderada, pues fue objeto de la litis la declaratoria de ineficacia del acto del traslado de régimen junto con las consecuencias que deriva dicha declaratoria.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe acotarse que no procede la excepción de prescripción, pues tal como lo estableció el máximo



órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **19 200900526 01**
Demandante: RAFAEL GONZALEZ BERNAL
Demandado: COMPAÑÍA DE SEGUROS POSITIVA S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho Elkin Fabian Castillo Cruz, identificado con C.C No 80.282.676 y T.P No 261.451 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por *Compañía de Seguros Positiva S.A*, contra la sentencia proferida el 13 de diciembre del 2019 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Rafael González Bernal*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *Positiva Compañía de Seguros S.A* y el *Instituto de Seguros Sociales*, para que se declare que el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 50% con fecha de estructuración el 24 de octubre de 2005, de origen profesional; se ordene a las encartadas a reconocer y pagar la pensión de invalidez desde el 24 de octubre del 2005, el reconocimiento y pago de las mesada pensionales causadas, los intereses moratorios y las costas junto con la agencias en derecho.

Subsidiariamente, en el evento en que la pérdida de capacidad laboral sea inferior al 50%, se ordene a las encartadas reajustar la indemnización por incapacidad permanente liquidada acorde con el porcentaje fijado; se condene a las



demandadas al pago de los intereses moratorios; junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que se vinculó con la ARL del ISS el 1° de agosto del 2005, teniendo como empleador INVERSIONES BASTILLA S.A, bajo el cargo de oficial de acabados; el 24 de octubre de 2005 sufrió un accidente de trabajo, data para la cual su ARL era el ISS; que presentó solicitud de prestación económica, frente a lo cual fue calificado inicialmente por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y posteriormente la Junta Nacional de Calificación de Invalidez disminuyó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral al 12,07%; que el 20 de febrero del 2009 mediante Resolución No. 0509, se le concede una indemnización por incapacidad permanente parcial en cuantía de \$3.982.000; que cotizó *al Instituto de Seguros Sociales* 416 semanas y que padece de varias enfermedades que le impiden laborar.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El *Instituto de Seguros Sociales*, en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que las mismas son temerarias, en tanto la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, fijó la pérdida de su capacidad laboral en 12.07%.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, compensación, inexistencia del derecho y la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C, ni indexación o reajuste alguno, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica.

A su turno, *Positiva Compañía de Seguros S.A*, se opuso a las pretensiones aduciendo que no es la entidad competente para modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante y que la indemnización por incapacidad permanente parcial concedida al libelista se ajusta a lo dispuesto en el Decreto 2644 de 1994.

Formuló como medio exceptivo el que denominó falta de causa jurídica e inexistencia de la obligación.



II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de junio de 2019, declara la pérdida de capacidad laboral del demandante en un porcentaje igual a 24.41% y consecuentemente condena a *la Compañía de Seguros Positiva S.A* a reliquidar la indemnización reconocida de incapacidad permanente parcial mediante la Resolución No 0509; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión indicó que acorde a la facultad dispuesta en el artículo 41 de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, al indicar que los dictámenes pueden ser controvertidos ante los jueces de la República según lo dispuesto en los artículos 11 y 40 del Decreto 2463 del 2001 y el Decreto 1352 del 2003.

Así las cosas, teniendo en cuenta el dictamen emitido dentro del proceso por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, como quiera que sus valoraciones técnicas o científicas se ajustan a la historia clínica y condición médica del demandante, para el despacho esa prueba es suficiente para declarar que la enfermedad del actor le ocasiona una pérdida de capacidad laboral del 24.41%.

Por lo anterior, consiente acceder a la pretensión subsidiaria y en vista de que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral no supera el 50%, declara que las patologías de origen profesional del 24.41%, le dan derecho a la reliquidación de la indemnización reconocida por la *Compañía de Seguros Positiva S.A*.

En lo tocante a los intereses moratorios, aduce que no se concederán como quiera que estos fueron consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, únicamente en tratándose de la mora en el reconocimiento de mesadas pensionales.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, *Positiva Compañía de Seguros S.A* presentó recurso de apelación en el que en suma manifestó su inconformidad con la decisión adoptada en primera instancia, argumentando que lo que en últimas se ataca es el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y



por ello el juez debe analizar todas las pruebas arrimadas al proceso, estableciendo las razones por las cuales le genera mayor convicción un medio de prueba sobre otro, análisis que no fue realizado en el presente caso, por lo que no existe certeza de las razones por las cuales el Juez presta mayor certeza a un dictamen sobre el otro.

Igualmente, aduce que en la audiencia de conciliación celebrada el 9 de febrero del 2010 se fijó el litigio, sin que se debatiera un incremento o cambio de salud que implicara el derecho a ser recalificado, sino que se alegó la inconformidad con el PCL determinado por la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*. Así, conforme la *causa petendi* la queja del actor radica en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral fijado por la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*, por tanto, el litigio y la sentencia han debido determinar la legalidad del referido dictamen, para determinar si las entidades debieron o no acatarlo

Finalmente, expone su inconformidad con la condena en costas, precisando que dichos dictámenes son obligatorios para las instituciones de la seguridad social, por tanto, la encartada debía acatar el mismo. Solicita se tengan en cuenta las subreglas establecidas en el artículo 365 del C.G.P, consistentes en que en caso de que prospere parcialmente la demanda podrá abstenerse de condenar en costas, máxime que solo se causan cuando quiera que se acredite su causación.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de Segunda Instancia

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

b. Problema Jurídico:

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, reunidos los presupuestos procesales y habiéndose agotado el requisito previo de la reclamación administrativa, se verificará si el actor tiene derecho a que se modifique el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y le sea modificado el valor de la indemnización por incapacidad permanente parcial.



Siendo del caso precisar que no le asiste la razón a la encartada en la alzada, al manifestar que no era objeto del litigio la recalificación del demandante, sino únicamente la legalidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Lo anterior, en la medida en que al hacer un análisis integral del libelo genitor, se constata sin mayor esfuerzo que el *petitum* de la demanda estaba en caminado a la determinación de un mayor porcentaje en la pérdida de capacidad laboral del demandante, respecto de la fijada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y en virtud de ello, se accediera bien al pago de la pensión de invalidez o subsidiariamente a la modificación de la indemnización por la incapacidad permanente liquidada. Pedimentos que como bien se explicara a continuación, no limitaban al togado a analizar la legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, sino que lo conminaba a realizar un análisis de todos los medios probatorios en aras de corroborar si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, era superior al fijado por dicha entidad para la fecha de presentación de la demanda.

c. Del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral:

A efectos de desatar la presente litis, es del resorte de la Sala precisar que cualquier controversia que se llegare a presentar sobre los dictámenes emitidos por las Junta de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria, como en claro lo anuncia el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001.

Con todo, se tiene adoctrinado que en tratándose de litigios que giren en torno al reconocimiento de prestaciones económicas generadas con ocasión a la pérdida de una pérdida de capacidad laboral, el dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez, no comportan en modo alguno una prueba solemne o *ad substantiam actus* y por ende, le es dable el Juzgador apartarse de la misma, cuando quiera que dentro del proceso se acredite algo distinto a lo enunciado en ella. Así pues, la a H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL 16374 de 2015, indicó:

“Ahora bien, sobre la posibilidad de que el dictamen médico especializado expedido por las Juntas de Calificación de Invalidez sea susceptible de ser desvirtuado para efectos prestacionales, también la Corte ha proferido su criterio. En tal sentido, en sentencia CSJ SL, del 19 de oct. de 2006, rad.29622, sobre acotó la Corporación:



“Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. **Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables.** La regla sentada en el fallo citado por el recurrente como apoyo de su criterio es que, en principio, la declaración del estado de invalidez es materia de expertos y no corresponde, en los actuales momentos, a la entidad de seguridad social, como ocurría antes, sino a unos entes autónomos, como son las juntas Regionales en primera instancia, y la Nacional en último grado.

“De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo. Por el contrario, en reciente sentencia del 13 de septiembre 2006 (rad. 29328), tuvo esta Sala de Casación oportunidad de referirse al tema, en los siguientes términos:

“Por otra parte, la circunstancia de que la Junta Nacional actúe como órgano de segunda instancia para resolver las reclamaciones formuladas por los interesados contra las evaluaciones de las juntas regionales, no necesariamente su concepto obliga al juez. De no ser así, ciertamente carecería de sentido la intervención de la jurisdicción laboral simplemente para dar un aval al pronunciamiento de un ente que, tal cual lo reconoce la censura, no tiene la potestad del Estado para “decidir” el derecho. Sólo el juez puede, con la fuerza que imprime a sus decisiones el instituto de la cosa juzgada, definir si hay lugar a establecer el estado de invalidez o los parámetros en que debe reconocerse la pensión objeto de controversia y, para tal propósito, nada le impide acudir al apoyo de un ente especializado en la materia y que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del Estado, en virtud del moderno esquema de administración descentralizada por colaboración”. (...)

*“Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. **Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia,** si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías”.*

Pero sobre la necesidad de que dicho criterio técnico científico sea idóneamente desvirtuado en el respectivo proceso donde se discute la aludida condición laboral, mediante los diversos medios de convicción que prevé el ordenamiento, en sentencia CSJ SL, del 23 de sep. de 2008 rad. 32617 (...)

Luego, si bien es cierto que para la Corte la valoración científica de las Juntas de Calificación de Invalidez, a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, es en



principio la fórmula probatoria propia al establecimiento de dicha condición, también lo es que ha considerado que bajo ciertas circunstancias dicha valoración es susceptible de ser desvirtuada para efectos de la pensión de invalidez a través de la multiplicidad de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico procesal y al tenor de las normas probatorias que rigen la actividad”

Asimismo, el operador judicial goza de la potestad de apartarse incluso de los dictámenes que se profieran en el curso del proceso, cuando quiera que se evidencie que existe un error en el mismo o que los razonamientos del perito presenten una infracción legal, así en sentencia SL - 3090 de 2014, se indicó:

“Cabe mencionar que la adjetivación de la prueba pericial como ad solemnitatem no ha sido reconocida por esta Sala de la Corte, ni siquiera en el caso del dictamen de las juntas de calificación de invalidez, pues ha estimado que: es imprescindible obtener el dictamen de las aludidas Juntas de Calificación de Invalidez, según el mandato expreso de los artículos 41 y s.s. de la Ley 100 de 1993, y una vez allegado al proceso, el juez de instancia debe perentoriamente acogerlo, pero eso sí como lo advirtió la Sala en sentencia del 25 de mayo de 2005 radicado 24223 ‘siempre y cuando el mismo esté sujeto al trámite y parámetros previstos en las normas reglamentarias, sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso’. CSJ SL, 30 ago 2005, rad. 25505.

“En el anterior orden de ideas, así las partes no hubieran objetado el dictamen pericial por error grave en el término de traslado concedido para el efecto, si su contenido le merece reparos al juzgador porque exhiba una equivocación grave o porque los razonamientos del perito encierren una infracción legal, podrá apartarse de él; y si las partes en esos eventos, invitan al juez a través de los recursos de ley, a valorar la prueba, estará en el deber procesal de abordar su estudio, sin que le sea válido esgrimir como aquí aconteció”

De cara a lo indicado, conforme lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T y la S.S es del resorte de la Sala acorde a las reglas de la sana crítica y de la experiencia, efectuar un análisis de todos los medios probatorios allegados al proceso en aras de establecer cuál es el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante.

Para el efecto, juzga preciso recordar que la capacidad laboral, al tenor de lo reglado en el literal c) del artículo 2° del Decreto 917 de 1999, es el conjunto de destrezas, habilidades, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social que le permiten a un individuo desempeñarse en un trabajo habitual.



De otra parte, encontramos que conforme lo dispone el artículo 9° del Decreto 2463 del 2001, para efectos de establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral los fundamentos de hecho de los cuales se sirve el dictamen deben ser aquellos en los cuales se relacionan la ocurrencia de determinada contingencia, incluyendo la historia clínica, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos y en general aquellos que puedan servir de medio probatorio para determinar la relación causal de la patología, lesión o condición de estudio.

Así mismo, conforme lo prevé el artículo 41 de la ley 100 de 1993, se tiene que el estado de invalidez debe efectuarse con fundamento en el Manual Único para Calificación de Invalidez vigente para la fecha de calificación o cuando el estado de calificación de consolida.

d. Del caso en concreto.

Al descender a la *litis* que hoy nos convoca a juicio, logra constatar la Sala que el demandante inicialmente fue valorado por la *Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá*, el 30 de marzo del 2017, con un diagnosticado de dolor crónico intratable, originado en un accidente de trabajo, que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 23,15 %, estructurada el 24 de octubre del 2005. (Fls 109-112)

Sin embargo, la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez* mediante dictamen emitido el 12 de diciembre del 2007, diagnosticó al actor con dolor crónico, atrofia y desgastes musculares, asignándole una pérdida de capacidad laboral del 12,07%, manteniendo la fecha de estructuración y el origen (Fls 102 a 105).

De cara a lo enunciado, no existe discrepancia en cuanto a que, en virtud de un accidente de origen laboral, estructurado el 24 de octubre del 2005 el actor fue diagnosticado con un dolor crónico, atrofia y desgaste muscular; restando por establecer si la pérdida de capacidad laboral fue superior al 12.07% fijado por la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*, en dicha oportunidad.

Para tal efecto se constató en la historia clínica del demandante (Fls 114 a 131) que viene presentando un cuadro clínico por un dolor en el pie, en virtud del cual se le realizaron diversos exámenes, logrando establecer que presentaba un cuadro de dolor derivado de un accidente acaecido el 24 de octubre del 2005 tras



una caída de cuatro (4) metros que le ocasionó una fractura en el pie derecho, por el cual estuvo recibiendo tratamiento médico.

Así mismo, se observa que en el curso del presente proceso la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*, acorde la orden impetrada por la falladora en primera instancia, realizó un nuevo dictamen el 25 de julio del 2017 (Fls 319-323), en el cual se fijó una pérdida de capacidad laboral del 24.41%.

Siendo ello así, la Sala efectuó un análisis pormenorizado de los dictámenes emitidos por la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez* el 12 de diciembre del 2007 y el 25 de julio del 2017, de cara a la historia clínica aportada, logrando constatar que en ambos se analizó la pérdida de capacidad laboral con ocasión del accidente de trabajo que sufrió el 24 de octubre del 2005, logrando corroborar que en el examen primigenio se efectuó un análisis basado en la edad del demandante, la actividad en la que labora (construcción) y el tratamiento médico recibido hasta la data. A su turno, en el dictamen emitido en el curso del presente proceso, a más de analizarse los puntos ya reseñados, se tuvieron en cuenta patologías de origen común, tales como tumor maligno de la próstata y tumor maligno de glándula de tiroides.

Luego, si bien la Sala no encuentra desatino en la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada por la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez* el 25 de julio del 2017, en la cual se fijó una pérdida de capacidad laboral del 24.41%, dicho porcentaje no pudo ser tenido en cuenta como base de la pérdida de capacidad laboral de origen laboral padecida por el actor, dado que el mismo se obtuvo de la sumatoria de las deficiencias, discapacidades y minusvalías generadas al actor por enfermedades de origen común y con ocasión del accidente de trabajo, sin que se especifique el porcentaje de pérdida de capacidad específicamente de origen laboral.

Así las cosas, se recuerda que lo debatido en autos originalmente, era el reconocimiento de una pensión de invalidez de origen laboral o subsidiariamente la reliquidación de la indemnización plena de perjuicios cancelada por la ARL, prestaciones económicas a cargo de la ARL que se generan, con causa o con ocasión de una pérdida de capacidad laboral de origen profesional, acorde lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 776 del 2002.



De cara a lo indicado es patente que el dictamen emitido en el presente proceso, no permite entrever que la decisión adoptada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 12 de diciembre del 2007, no sea correcta, pues si bien se fijó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior, lo fue en razón a que se analizaron patologías adicionales y de origen común. De esta forma y como quiera que no existe otro medio probatorio que nos lleve a la convicción de que la pérdida de capacidad laboral de origen profesional del libelista, es superior al 12,07%, establecido inicialmente por la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*, diáfano resulta colegir que la indemnización permanente parcial concedida al promotor por la ARL, mediante Resolución No 0509 del 20 de febrero del 2009, se encuentra ajustada a derecho (Fls 12).

Emerge de lo aludido que, la falladora de primera instancia erró al ordenar la reliquidación de la mentada indemnización, con fundamento en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral establecido en el dictamen emitido el 25 de julio del 2017, sin tener en cuenta que las patologías analizadas en este no eran todas de origen laboral.

Dadas las resultas del proceso se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación, relevándose la Sala del estudio de los demás medios exceptivos propuestos.

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo de la parte actora.

DECISIÓN

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

RESUELVE:



PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de diciembre del 2019 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 22 2013 00662 01
Demandante: OFELIA GONZÁLEZ DE TRIANA
Demandado: FIDUAGRARIA S.A. – PAR ISS y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se aprecia que obra poder elevado ante Escritura Pública por parte de *Colpensiones* a la abogada *Claudia Liliana Vela*, identificada con C.C. 65.701.747 y T.P. 123.148 del C.S.J., quien a su vez sustituye poder al abogado *Nicolás Ramírez Muñoz*, identificado con C.C. 1.018.463.893 y T.P. 302.039 del C.S.J. En tal sentido, se les reconoce personería como principal y sustituto respectivamente, en los términos y fines de los poderes conferidos.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ofelia González de Triana* solicitó que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la accionada desde el 1º de febrero de 1994 y el 30 de enero de 1996, en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales; que en consecuencia, es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para la época y que su salario base para la liquidación de sus



prestaciones sociales es la suma de \$475.000, valor causado durante los últimos 3 meses de vinculación, incluidas las doceavas partes y los recargos por horas extras, o el valor que devengaba el mismo cargo de planta. Igualmente, que se realicen los aportes a pensión correspondientes a todo el tiempo laborado por la actora al *ISS*, hoy *Colpensiones*, así como el pago de la indexación de las sumas reconocidas, más las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, adujo que prestó sus servicios al *ISS* en la ciudad de Ibagué, desempeñando el cargo de *Auxiliar de Servicios Asistenciales - Auxiliar de Enfermería*; que fue inicialmente vinculada como supernumeraria desde el 1º de agosto de 1988 hasta el 20 de abril de 1989, luego, nombrada provisionalmente del 8 de febrero de 1991 hasta el 7 de agosto de 1993, luego como supernumeraria del 11 de agosto de 1993 hasta el 31 de enero de 1994.

Que fue formalmente vinculada mediante contratos de prestación de servicios No. 239 del 10 de julio de 1989, 186 del 31 de julio de 1990, 14 del 1º de febrero de 1994, 60 del 2 de enero de 1994, 536 del 4 de julio de 1995 y 1143 del 15 de diciembre de 1995; que posteriormente, fue nombrada como supernumeraria el 1º de febrero de 1996; y del 19 de febrero de 1996 hasta el 19 de febrero de 1997 como supernumeraria; que a partir del 21 de febrero de 1997 fue vinculada por medio de contrato de trabajo a término indefinido, realizando exactamente las mismas funciones.

Agrega que tuvo la categoría de trabajadora oficial conforme al artículo 5º de la Convención Colectiva de Trabajo, cumpliendo funciones idénticas a las de los empleados de planta, pero con un número superior de horas laboradas. Que dentro de las funciones realizadas estaban las de asistir a reuniones planeadas por la enfermera del servicio, atender y brindar el cuidado a los usuarios asignados de acuerdo con los protocolos de enfermería, cumplir aspectos éticos legales que rigen el ejercicio de la enfermería, informar a la enfermera los cambios presentados en la evolución de acuerdo a los registros establecidos, llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente,



orientar y educar al afiliado y/o beneficiarios en el área de consulta externa, cuando se ubique en los procesos de facturación y cumplir las funciones descritas por el jefe inmediato, la señora *Sol Janeth Ospina*, quien ocupaba el cargo de Coordinadora de Enfermería.

Que el salario mensual ascendía a \$475.000 durante los últimos 3 meses de labores, cumpliendo un horario de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. de lunes a viernes y un sábado cada 15 días, sin que se le haya efectuado ningún llamado de atención; que no tenía autonomía para desarrollar su trabajo, puntualizando que los contratos suscritos tenían como particularidades que eran elaborados por la demandada, no podía discutir sus condiciones, eran proformas, y en ellos aparecía en blanco el espacio para el nombre del contratista.

Asimismo, adujo que firmaba actas de liquidación al terminar cada contrato, las cuales eran elaboradas por la demandada. Además, debía afiliarse como independiente a la EPS del ISS y al fondo de pensiones del ISS, todo sobre un salario mínimo legal mensual, adicional a que se le obligaba a adquirir una póliza de cumplimiento, se le descontaba el 10% por concepto de retención en la fuente, impuesto de industria y comercio.

Por otro lado, indicó que no renunció a recibir beneficios convencionales y finalmente, mencionó que el 8 de noviembre de 2012 reclamó ante la demandada el pago de las pretensiones de esta demandada, lo cual fue denegado, quedando así agotada la vía gubernativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Tuvo como sustento que nunca existió contrato de trabajo con la demandante, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos suscritos con la actora no generan relación laboral, ya que no son de naturaleza laboral y en la ejecución de la actividad contratada siempre actuó como contratista independiente con total facultad y autonomía para realizar el objeto contractual.



Propuso como excepción previa la de falta de jurisdicción y/o competencia, y como excepciones de fondo las de pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral y contrato de trabajo, cobro de lo no debido, prescripción y/o caducidad, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, no utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, falta de jurisdicción y/o competencia, inexistencia de la primacía de la realidad y declaratoria de otras excepciones.

Mediante auto del 12 de diciembre de 2012 (Fl. 303) se dispuso vincular como litisconsorte necesario a *Colpensiones*, entidad que contestó la demanda con oposición de las pretensiones de la demanda por estar dirigidas a un tercero.

Además, adujo que la actora no es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el *ISS* y sus empleados, pues de acuerdo a la normatividad legal vigente, ostentaba un contrato de prestación de servicios.

Propuso como excepciones falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de febrero de 2020, declaró que la demandante es empleada pública y absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a esta conclusión, señaló que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1651 de 1977 y hasta la expedición de la sentencia C-579-1996, subsistió la categoría de funcionarios de la seguridad social, y como la demandante solicita que del 1° de febrero de 1994 al 30 de enero de 1996 se le reconozca la calidad de trabajadora oficial, no se debe



perder de vista que en el tiempo pretendido, la sentencia constitucional fue clara en determinar que aquellos trabajadores del ISS eran empleados públicos.

Indicó que, en gracia de discusión, se encontraba configurado el fenómeno prescriptivo frente a todos y cada uno de los derechos prestacionales aquí reclamados, a excepción de los aportes al sistema de seguridad social, los cuales tienen la calidad de imprescriptibles, pero que fueron cancelados por la pasiva.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló, manifestando la existencia de una abierta contradicción que existe en los términos de la misma, toda vez que se absolvió a las demandadas, pero al tiempo se indicó que era competente para conocer esta jurisdicción.

Que en tal sentido, si esta jurisdicción no era competente, no ha debido manifestarse sobre el fondo del tema, pues dicho actuar tiene una implicación no solamente procesal sino sustancial, en tanto la competente es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, máxime que la absolución tornaría improcedente incoar nuevamente la acción.

De otro lado, indicó que contrario a lo considerado por la *a-quo*, la actora no es enfermera sino auxiliar de enfermería, lo que establece una diferencia de carácter sustancial, considerando así, que se configura un error en la interpretación de los hechos y en la aplicación de la norma que se deriva de aquellos, al asignarle a la demandante una condición que no tiene.

Agregó que, por la aplicación de la vigencia de las leyes en el tiempo, las normas que fueron citadas no son aplicables para el caso que aquí nos ocupa, ya que son anteriores. Advirtió que, con relación a las clasificaciones de las disposiciones indicadas en la sentencia, así como la jurisprudencia mencionada, a su juicio, es simplemente ejemplificativa y enunciativa, dado que no puede entenderse que esas clasificaciones que se hacen en



normas jurídicas, leyes o decretos puedan entenderse como determinantes para que se le nieguen los derechos que la demandante reclamó.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Problema jurídico:

El problema jurídico a desatar, se contrae a determinar si en efecto la accionante no ostentó la calidad de trabajadora oficial sino de funcionaria de la seguridad social, y si no se debe emitir sentencia absolutoria, ante un eventual estatus administrativo de empleada pública.

b. Del caso en concreto:

La Juez de primera instancia consideró que la demandante ostentó la calidad de funcionaria de la seguridad social, de ahí que tuviese la calidad de empleada pública, por el hecho de que las funciones indicadas por el tiempo reclamado en la demanda desde el 1º de febrero de 1994 y el 30 de enero de 1996 correspondían a las de una enfermera y/o auxiliar de enfermería, es decir, antes de la expedición de la sentencia C-597 de 1996.

En sentido, debe indicarse que a pesar que la demandante en su demanda solicitó la existencia de contrato de trabajo en calidad de trabajadora oficial, dicha calidad se determina por virtud de la ley y no por la voluntad de las partes, pues aquella consagra las condiciones para tal distinción. En tal sentido, previo a investigar la configuración de los elementos del contrato de trabajo solicitado, corresponde al juez analizar y atenerse a los criterios legales para definir tal estatus durante la relación jurídica que sostuvo con la entidad demandada.

Como se dijo, es la ley y no la voluntad de las partes, la que define cuando un servidor público es trabajador oficial o empleado público, por lo que incluso el trato como trabajador oficial que eventualmente haya dado la entidad empleadora no es criterio válido para definir tal aspecto. Es por ello que, en este proceso la Sala debe dilucidar ese talante, para luego discernir, solo en caso positivo, si es beneficiaria de los derechos solicitados, tal como



reiteradamente lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con Radicaciones No. 19960 del 19 de marzo de 2004, 21403 del 11 de agosto de 2004, 21146 del 21 de septiembre de 2006, entre otras.

En este ejercicio, se considera pertinente revisar las disposiciones que definieron el régimen legal de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, desde la expedición del Decreto 1651 de 1977, que en su artículo 3º, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, el cual, en su artículo 3º estableció:

***“Art. 3º.- Funcionarios.** Serán empleados de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad. Tales funcionarios se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*

“Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas en las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: Aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte.

***“Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial (...).** (Resaltado fuera del texto original).*

Posteriormente, mediante Decreto 2148 de 1992, se estableció que el ISS era una Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente y vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 «Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos», es decir, que salvo disposición expresa, la regla general, es que el personal de esas entidades funge como trabajadores oficiales.

Así, en ejercicio de las facultades que le otorgó el numeral 13 del artículo 9º *ejusdem*, el mencionado ente adoptó sus estatutos mediante el Acuerdo 003 de 1993, en cuyo artículo 33 dispuso la siguiente clasificación para sus servidores:



“Artículo. 33.- Son empleados públicos:

1. El Presidente del Instituto;
2. El Secretario General;
3. Los Subdirectores Nacionales;
4. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local;
5. Los Asistentes de la Dirección General;
6. Los Gerentes Seccionales;
7. Los Subgerentes Seccionales;
8. Los Secretarios Generales Seccionales;
9. Los Directores de Unidad Programática Institucional;
10. Los Directores de Unidad Programática Local;
11. Los Directores de Unidad Programática Zonal;
12. Los directores de Unidad Programática de Naturaleza Especial;
13. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
14. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
15. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
16. Los Directores de Clínica u Hospital;
17. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales;
18. Los Aprendices;
19. Los Capellanes, y
20. Los practicantes.

“Parágrafo Transitorio. *Los demás servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o trabajadores oficiales, hasta tanto se adopte la estructura y la planta de personal”.*

A su vez, el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, determinó que los trabajadores del ISS, mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social y en su artículo 275, definió a esa entidad como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, señalando que «*el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977*».

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1754 de 1994, señaló lo siguiente:

“El artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, quedará así:

“Artículo 33. Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.



“Son empleados públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la Planta de Personal del ISS:

“Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Gerente I, Gerente II, Gerente III, Gerente IV, Gerente V, Gerente VI, Gerente VII, Gerente VIII, Gerente IX, Gerente X, Gerente XI, Asesor y Director I y Director II.

“Son Funcionarios de Seguridad Social discrecionales, las personas que desempeñen los cargos que a continuación se señalan:

“Gerente Grado 38 y Gerente Grado 39, Secretario Seccional, Director Grado 38 y Grado 39, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán, Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales Administrativos (regente de farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de equipo médico y odontológico, de máquinas y equipos, mecánica, electricidad, supervisor de obra).

“Igualmente son cargos discrecionales los de despachos de los empleados públicos.

“Son cargos de carrera de Funcionarios de Seguridad Social los demás.

“Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan:

“Ayudante (Operador de Calderas, Operador de Máquinas, Acarreador, ascensorista, Empacador, Aseo, Cafetería, Lavandería y Ropería, Mantenimiento, Alimentación a Pacientes, Jardinero, Cocina), Conductor, Mecánico de Ambulancias y Portero”.

No obstante, lo anterior, mediante sentencia C-579/1996, la Corte Constitucional declaró inexecutable el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1651 de 1977. Dicha providencia, fue clara en establecer que esta solo producía efectos *ex nunc*, esto es, que sólo produciría efectos hacia el futuro, es decir a partir de su ejecutoria.

Ahora, el Decreto 416 de 1997, mediante el cual se aprobó el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997 emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, y que se encuentra vigente, dispone que los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales y a continuación precisa qué cargos serían considerados *empleados públicos*, así:



“A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

1. *Presidente del Instituto.*
2. *Secretario General y Seccional.*
3. *Vicepresidente.*
4. *Gerente.*
5. *Director.*
6. *Asesor.*
7. *Jefe de Departamento.*
8. *Jefe de Unidad.*
9. *Subgerente.*
10. *<Numeral NULO> Coordinador Clase 1, II, III, IV y V.*
11. *<Numeral NULO> Jefe de Sección*
12. *<Numeral NULO> Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud*
13. **Los Servidores Profesionales** y *Secretarias Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*

B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos”.

Ahora bien, en el presente caso, la señora *Ofelia González de Triana* solicita se declare que estuvo vinculada con el ISS mediante contrato de trabajo desde el 01 de febrero de 1994 hasta el 30 de enero de 1996, para lo cual, entre otros medios probatorios allegó certificación expedida por el extinto ISS, seccional Tolima, que da cuenta que celebró contratos de prestación de servicios en ese lapso de tiempo desempeñándose como «*Auxiliar de Servicios Asistenciales –Enfermería*” (fl. 17).

Con base en lo anterior, concluye la Sala, que en efecto durante el tiempo que se alega, fungió como trabajadora del extinto ISS del 1º de febrero de 1994 hasta el 30 de enero de 1996, vinculada mediante contratos de prestación de servicios como *Auxiliar de Servicios Asistenciales -Enfermería*, por lo que la señora *Ofelia González de Triana* tendría la calidad funcionaria de la seguridad social, por ende, de empleada pública durante el interregno antes anotado por lo que su vinculación debió ser a través de una relación legal y reglamentaria, ya que hasta la expedición de la sentencia C-579 de 1996, quienes se encontraban vinculados al ISS como Auxiliares de enfermería tenían tal calidad.



Establecidas así las cosas se tiene que, la parte actora debió acreditar los supuestos de hecho en el marco de un contrato de trabajo toda vez que la relación legal y reglamentaria solamente puede ser definida en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en esas condiciones, no le queda más camino a la Sala que confirmar la sentencia primigenia.

Ahora bien, en el recurso de alzada alude el apelante que el *a-quo* no debió haber adoptado decisión de fondo sobre el caso que ocupa a la Sala, toda vez que, dicho actuar tiene una implicación tanto procesal como sustancial, ya que al decidirse que esta jurisdicción no era competente sino la de lo Contencioso Administrativo, este aspecto debió advertirse en los momentos procesales oportunos.

Sus dichos no son de recibo para la prosperidad del recurso, como quiera que, atendiendo los parámetros jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se puede colegir que con el hecho de que la parte pretenda la existencia de un contrato de trabajo como trabajador oficial, el Juez ordinario es competente para el conocimiento del asunto, y por consiguiente emitir un pronunciamiento de fondo; así lo sostuvo en sentencia SL2226-2020, Radicación No. 78179 del 26 de mayo de 2020, donde se indicó:

“[...] la jurisprudencia tiene dicho que, para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al Juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o no, y solo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato.

“Y ha precisado la jurisprudencia esa particular manera de desarrollarse la relación procesal que vincula a los servidores de la administración pública con ella misma, para poner de presente que la decisión que declare la existencia del contrato, como la que lo niega, es de fondo, con lo cual ha rechazado como previas las excepciones de falta de jurisdicción o competencia. Desde luego tampoco ha admitido que esas excepciones operen al finalizar la instancia, ya que ni la jurisdicción ni la competencia dependen del resultado del juicio.

“La sentencia que absuelve a la administración por no haberse demostrado que el demandante le prestó un servicio personal como trabajador oficial es, resultado de lo dicho, una decisión de fondo que implica desestimar las pretensiones de la demanda (negrillas de la Sala).



De ahí, que la especialidad laboral pueda emitir pronunciamiento cuando por activa se depreque la existencia de un contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes y el consecuente estatus administrativo de trabajador oficial, el cual se reiteró incluso en el recurso de alzada, por lo que en este escenario, resultaría improcedente aplicar la falta de jurisdicción regulada en el artículo 104 del C.P.A.C.A., por cuanto se habilitó el estudio de fondo del asunto, motivo que impele a concluir que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho, por lo que será confirmada en su integridad.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

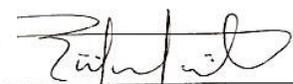
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020, por el Juzgado veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
SALVO VOTO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 17 2014 00336 01
Demandante: VICTORIA EUGENIA GONZÁLEZ GUTIÉRREZ
Demandado: BASIC FARM S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 5 de agosto de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Victoria Eugenia González*, instauró demanda ordinaria en contra de *Basic Farm S.A.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2005 y el 22 de diciembre de 2011, dentro del cual la pasiva no canceló en forma completa la totalidad de derechos laborales, al no incluir como factor salarial los medios de transporte a los que dice tener derecho en la liquidación de sus prestaciones sociales, en razón a que el 1º de enero de 2010 se pactaron dichas comisiones, así como que en el año de 2006 recibió viáticos permanentes por concepto de manutención y alojamiento.

Que durante la relación laboral la demandada no le efectuó aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, y que no se le consignó al correspondiente fondo la totalidad de sus cesantías.

En virtud de las pretensiones declaratorias, solicitó que se le condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones por todo el tiempo del contrato alegado, sanción por la no consignación de las cesantías, sanción moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, aportes al



sistema de seguridad social entre el 1º de febrero de 2005 y el 2 de julio de 2006, y entre el 1º de enero de 2010 y el 22 de diciembre de 2011, e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que la empresa demandada contrató sus servicios a partir del 1º de febrero de 2005, en la que siempre realizó actividades comerciales en representación de la demandada en diferentes lugares del país y en el exterior. Que el 3 de julio de 2006, sin que se liquidara el vínculo del año de 2005, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar sus labores en la Ciudad de Bogotá.

Que en dicho contrato se acordó en su cláusula tercera, una retribución conformada por \$850.000 de salario, y \$650.000 por concepto de medios de transporte, último concepto que durante todo el interregno del contrato siempre fue superior al 50% de su salario base, sin que le fuese pagados por nómina.

En razón de lo anterior, puntualizó que a pesar de ser factor salarial dichos conceptos, no fueron tenidos en cuenta para cancelar ninguna de sus obligaciones laborales, incluyendo aportes al sistema de seguridad social.

Que en el año de 2010 se pactó entre las partes el pago de comisiones las cuales se cancelaron hasta la calenda del finiquito, que correspondían al 1% de las ventas generadas por el área de diagnóstico de la demandada, los cuales tampoco fueron tenidos en cuenta al momento de la liquidación, ni la remuneración por descansos dominicales.

Precisó que, durante la relación laboral la demandada nunca le consignó sus cesantías, y que el 1º de diciembre de 2011 presentó renuncia al cargo con efectos a partir del 22 de diciembre del mismo mes y año, la cual le fue aceptada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Basic Farm S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra.

En lo que concierne al contrato de trabajo, se opuso respecto del extremo inicial alegado, arguyendo que el mismo se dio el día 3 de julio de 2006 como da fe el contrato de trabajo suscrito entre las partes, pues con anterioridad estuvieron atadas



a través de contrato de prestación de servicios suscrito el 1º de febrero de 2005 y uno de agencia comercial.

Que en lo que respecta a las comisiones y demás emolumentos que pretende la actora como factor salarial, la demandante no tiene derecho, en tanto, todas las acreencias que le asistían le fueron canceladas en legal orden con los factores salariales que le correspondía.

Indicó además que el concepto de medios de transporte no correspondía a un valor destinado al beneficio personal de la trabajadora, por lo que no fue ingresado a su patrimonio, sino que por el contrario, era una ayuda a gastos como gasolina, taxis y movilización, y por lo mismo no eran contraprestación del servicio para el cual se le contrató.

Formuló las excepciones de falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de agosto de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 3 de julio de 2003 y el 22 de diciembre de 2011, el cual terminó por decisión de la demandante.

Además, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la actora por concepto de reliquidación de prestaciones sociales la suma de \$1.409.240, incluida la indexación, junto con el pago de aportes pensionales con el reajuste del IPC de los años 2010 y 2011, atendiendo los valores establecidos en la sentencia.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar consideró que del análisis en conjunto del material probatorio, si bien la demandante logró demostrar la prestación personal del servicio por los extremos pretendidos, el elemento subordinante logró ser desvirtuado por la demandada en lo que respecta al interregno con anterioridad al 3 de julio de 2003, ya que a pesar de estar probado que las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios y uno comercial respectivamente, no se advirtió que sobre estos se encontrase atado contrato de trabajo alguno, de ahí que haya concluido que el único contrato que vinculó a las partes fue el suscrito el 3 de julio de 2003, con un término d indefinido, el cual culminó



el 22 de diciembre de 2011 por renuncia de la actora, y que el cargo desempeñado fue de Directora Línea Diagnóstica e Inocuidad.

Respecto de la controversia relacionada con los factores salariales que componían la relación de la demandante, estudió primeramente el concepto de medios de transporte pactado dentro del contrato de trabajo, para lo cual concluyó que de conformidad con lo establecido en el 128 del C.S.T., este concepto no distorsionó el contenido de la norma aludida en tanto que lo pactado no constituyó salario, ya que corresponde a un rubro de mera liberalidad que el empleador le otorgó a la demandante, máxime si el mismo no afecta derechos ciertos de la trabajadora, y que tal asignación no se encontraba sujeta o condicionada al servicio desplegado por la demandante, pues su único fin era poder desarrollar la labor encomendada.

En lo que concierne a los viáticos permanentes y habituales, también los negó con el argumento que los mismos no fueron acreditados al plenario, ya que la actora tan solo afirmó su existencia, pero sin suministrar los elementos de juicio necesarios para fulminar condena por este concepto.

Frente al pago de las comisiones y su incidencia salarial, precisó que en efecto la empleadora realizó pagos por este concepto desde enero de 2010 hasta diciembre de 2011, siendo posible además establecer y cuantificar los valores pagados. Seguidamente, concretó que los pagos de las comisiones se encontraban atadas al trabajo desplegado por la actora dentro del ámbito de la gestión comercial a ella encargada o al personal a su cargo, toda vez que dependían del cumplimiento de unas metas asignadas a un grupo específico de trabajo, por ello que esta figura sin lugar a dudas se constituya como salario.

Por ello, ordenó la reliquidación de los valores pagados en la liquidación de prestaciones sociales, así como de los aportes al sistema de seguridad social en pensión. Negó la reliquidación por aportes en salud, bajo el entendido que la posibilidad de haberse corregido ese IBC debió darse dentro de la vigencia del contrato de trabajo.

Tampoco accedió al pago de la indemnización moratoria, con el argumento que la demandada durante la relación laboral cumplió con el pago de las acreencias laborales de la actora, y si bien no se tuvo en cuenta el pago de las comisiones como factor salarial, a su juicio la pasiva no estuvo envuelta en una mala fe con su actuar, por lo que los pagos ordenados los ordenó cancelar de manera indexada.



Prosiguió su decisión en el hecho que sobre las condenas impuesta no operó el fenómeno prescriptivo. En cuanto a la tacha de falsedad que propuso la apoderada de la demandante dentro del curso de la audiencia de decreto de pruebas con relación a los folios visibles a folios 242 a 248 y 250 a 252, por considerar que la firma que aparecía allí impuesta no era la suya, el Juez consideró que no debía hacer un análisis profundo sobre estos, en razón a que pertenecía a pagos desde mayo a agosto de 2005, interregno que no fue tenido en cuenta como contrato de trabajo.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la sentencia. Expuso su inconformidad en el hecho que el *a-quo* no declaró la existencia del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2005 y el 2 de julio de 2006, pues alude que en ese interregno existió una prestación personal del servicio donde efectuaba ventas de productos de la demandada tanto en el contrato de prestación de servicios como en el de agencia comercial, adicional a que dichas actividades en cuanto a las situaciones legales no se acompañan con el contenido del Código de Comercio, pues estos tipos de contratos tienen unas responsabilidades que no se cumplieron por la demandada.

Que en tal sentido, es evidente la mala fe en que incurrió la demandada al pretender desconocer unas obligaciones jurídicas de subordinación, tales como el cumplimiento de ventas de productos.

Frente a la naturaleza jurídica de los pagos por concepto de medios de transporte, dijo que los mismos sí deben reconocerse, ya que de los testimonios recaudados, más el señor *Edwin Julián Díaz Saldana*, fue enfático en determinar que la demandada tenía como costumbre dividir o sub dividir el pago de la remuneración o retribución por los servicios que prestaban sus trabajadores en conceptos como medios de transporte y actividad de bodega, sin que existiera ningún tipo de vehículo ni una actividad de bodega, adicional a que estos pagos excedieron el 40% de total de la remuneración, lo que contraría lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 y por ende, es claro que dichos rubros constituyeron factor salarial.

Dijo que eran procedentes los pagos de las sanciones moratorias pretendidas, ya que la demandada incurrió en mala fe al ocultar una verdadera relación laboral por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2005 y el 2 de julio de 2006, adicional a que no pagó las acreencias laborales incluyendo los conceptos de comisiones, cuando duró más de un año sin pagar las mismas, agregando que la mala fe también



se denota de la falsedad jurídica de los documentos que se aportaron al proceso por la pasiva como prueba de unos pagos con una firma que es falsa.

La parte demandada igualmente expuso que las comisiones de la demandante se tuvieron en cuenta en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2010 y el 22 de diciembre de 2011, las cuales fueron entregadas y pagadas en los meses realmente causados eran por los resultados obtenidos por el grupo de trabajo y no por ventas generadas directamente por ella, por ende, que no fueran tenidas en cuenta como incidencia salarial ni prestacional.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, atendiendo los diferentes puntos de apelación elevados por las partes, por metodología se resolverá si entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo alegado por activa.

En segunda medida, se determinará si es procedente el reconocimiento y pago del concepto de medios de transporte, el cual alega la demandante que constituyen factor salarial. Como tercer punto, deberá analizarse si las comisiones reconocidas como factor salarial para los periodos 2010 y 2011, son procedentes de condena, o por el contrario, dicha pretensión debe ser absolutoria.

Por último, la Sala abordará la procedencia de la sanción por la no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria por la falta de pago de la totalidad de las prestaciones sociales, en el escenario si la demandada actuó de mala fe.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo escrito a término indefinido, el cual tuvo como extremo inicial la



data del 3 de julio de 2006, y final el 22 de diciembre de 2011, prueba de ello es la copia del contrato de trabajo y la presentación de la carta de renuncia presentada por la actora a su empleadora, que fue aceptada a partir del 22 de diciembre de 2011 (Fls. 26 a 30 y 335 a 336).

Tampoco fue objeto de reproche, el hecho que entre las partes con anterioridad al 3 de julio de 2006, se suscribió un contrato de prestación de servicios con la finalidad que la señora *Victoria Eugenia González Gutiérrez* realizara el estudio de mercadeo de la pasiva en porcicultura en la zona del viejo Caldas (Fls. 231 a 235), el cual data del 1º de febrero de 2005; así como que el 15 de julio de 2005 las partes suscribieron otro contrato denominado agente comercial, en virtud del cual la actora promovería y vendería productos en sus distintas presentaciones dentro de la zona de influencia de su organización como lo era Manizales, Valle y Antioquia (Fls. 6 a 10).

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 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.

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

Como ya se refirió, la Sala efectuará el estudio de los extremos que no fueron cubiertos en primera instancia como relación laboral, esto es, desde el 1º de febrero de 2005 hasta el 2 de julio de 2006.



Se recaudó el interrogatorio de parte de la representante legal de la empresa demandada señora *Luz Mary Reyes Vargas*, la cual expresó que con relación al contrato de prestación de servicios suscrito con la actora en el mes de febrero de febrero 2005, fue de actividades comerciales referentes a la realización de un estudio de mercadeo en el Eje Cafetero y en el sur del Departamento de Antioquia, respecto del cual a la señora *Victoria Eugenia* se le efectuaban pagos mensuales por concepto de honorarios, y cuando dicho contrato finalizó se suscribió uno de agencia comercial, en el que actora vendía en la zona del Eje cafetero, Manizales y sur de Antioquia unos productos de desinfección de porcicultura, respecto del cual los pagos se le realizaban de manera periódica.

Que una vez finalizó el vínculo de agencia comercial, a la actora se le ofreció en la ciudad de Bogotá un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 3 julio de 2006 para trabajar en la línea de diagnóstico, recibiendo su correspondiente salario hasta el 22 de diciembre de 2011, fecha del finiquito de la relación laboral, en el que además se le efectuaban pagos por concepto de medios de transporte ya que debía movilizarse para la atención de los clientes, rubro que superaba el 50%.

Asimismo, enfatizó que además del concepto de medios de transporte, también se le pagó a la señora *Victoria Eugenia* conceptos de auxilios por bonificaciones, sin que esos fuesen constitutivos de salario, de ahí que no hicieran parte de la liquidación como tampoco de aportes al sistema de seguridad social, máxime si en el contrato de trabajo quedó consignado que no constituían factor salarial, agregando que los presupuestos financieros de la empresa los desarrollaba la actora junto con el área de Gerencia.

Sintetizó que los pagos realizados a la demandante se hacían únicamente sobre el ingreso básico mensual devengado.

En el interrogatorio de parte surtido por la demandante, expuso que desde el mes de febrero de 2005 hasta junio de 2006, existió con la demandada un contrato de prestación de servicios y uno comercial, en los que presentaba cuentas de cobro para que le fuesen pagados su honorarios, sin que nunca hubiese tenido discrepancia sobre los mismos en cuanto a la falta de pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, y en el objeto de estos contratos realizó un estudio de mercadeo para los productos de la demandada en porcicultura, pero también realizó actividades de venta y labores comerciales.



En lo que concierne al contrato de trabajo, dijo que se desarrolló en la ciudad de Bogotá y en ocasiones viajaba a diferentes partes del país, precisando que desde el año 2010 y 2011 empezó a ganar comisiones por las ventas que hacía y las del grupo de trabajo que tenía a su cargo.

El testimonio del señor *Víctor Manuel Paipilla*, dijo conocer a la demandante porque eran compañeros de trabajo en la empresa demandada, ya que trabajó al servicio de esta última aproximadamente once años hasta el 2013, desempeñándose como auxiliar administrativo en el área contable, sin recordar la fecha de ingreso de la demandante.

Que la demandante trabajaba en el área de ventas, cuyas funciones eran las de promocionar los productos de la empresa en el Eje Cafetero, por lo que debía en ocasiones desplazarse a otras ciudades, ostentando un salario legal con sus prestaciones, pago que se le realizaba en forma mensual y que le consta que la demandada le pagaba bonificaciones las cuales se le cancelaba por fuera de nómina.

Precisó no constarle si la demandante le hubiese elevado alguna inconformidad al extremo accionado sobre la forma como se le venía cancelando las obligaciones contractuales.

Por su parte, el testigo *Javier Piedrahita Cruz* relató que conoce a la demandante desde muy pequeña porque fue compañero de su padre, y posteriormente la tuvo a su cargo en la empresa cuando él trabajó para los años 2005 hasta 2008, siendo Gerente de Ventas de la compañía con sede en Bogotá.

Que la demandante entró a la empresa aproximadamente al año de que a él se le había contratado, para que colaborara en investigación y desarrollo en el área de porcinos y dicha contratación se hizo por un interregno de seis o siete meses; con posterioridad, se trasladó a la actora al área de diagnóstico, y adujo creer que el contrato de la actora era a término indefinido sin tener presente los contratos de prestación de servicios y agencia comercial.

Que le consta que la demandante desarrollaba su actividad en la ciudad de Bogotá y después en otras ciudades, y que para el año de 2008 cuando él salió, la actora tenía personas a cargo en la misma área, resaltando que existían bonificaciones sin determinar de qué tipo, aunado a que indicó que nunca vio las cláusulas contractuales del contrato de trabajo de la actora.



Por último, se surtió el testimonio del señor *Julián Díaz Aldana*, quien resaltó que conoce a la actora porque fueron compañeros en la empresa demandada; que él ingresó a trabajar al servicio de la pasiva en el año de 2003 y se retiró en mayo de 2008 en el cargo de Agente Comercial, por lo que al encargarse de ventas tenía que trasladarse a varias partes del país, suscribiendo un contrato de agencia comercial.

Frente a la demandante manifestó no constarle qué tipo de contrato suscribió con *Basic Farm S.A.*, pero sí le consta que debía desplazarse a varias partes del país, y a los dos años de que él ingresó a la compañía a la actora se le contrató. Concretó que a la demandante se le pagaban comisiones por la gestión comercial que hacían, pero sin dar fe de cuánto ganaba ésta última.

De los anteriores interrogatorios de parte junto con los testimonios practicados, puede colegir esta Colegiatura que entre las partes no existió contrato de trabajo alguno por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2005 y el 2 de julio de 2006, pues a pesar de demostrarse la prestación personal del servicio conforme lo acreditan los contratos de prestación de servicios y el de agencia comercial, el elemento subordinante logró desvirtuarse por la pasiva como pasa a exponerse.

Nótese que si bien de los testimonios surtidos por los señores *Víctor Manuel Paipilla*, *Javier Piedrahita Cruz* y *Julián Díaz Aldana*, fueron contestes en precisar que en efecto la actora laboró al servicio de la demandada, no fueron concisos en exponer las fechas pretendidas por la demandante.

El señor *Víctor Manuel Paipilla* expuso situaciones de carácter comercial por haber sido auxiliar administrativo de la empresa durante los años 2002 a 2013 aproximadamente, pero sin determinar el extremo inicial ni tampoco el final en que la actora laboró al servicio de la demandada.

A su turno, el señor *Javier Piedrahita Cruz* expuso que cuando él laboró al servicio de la pasiva entre los años 2005 a 2008, era Gerente de Ventas, por lo que manejaba vendedores, como fue el caso de la demandante, quien ingresó a la compañía aproximadamente un año después en que el testigo ingresó, esto es, para el año de 2006, y del testimonio del señor, el mismo declaró que laboró al servicio de *Basic Farm S.A.* desde el 2003 hasta el 2008, resaltando que la actora ingresó a la empresa aproximadamente dos años después de su vinculación, lo cual vendría siendo para el año de 2005; circunstancia por la cual, se puede colegir la contradicción de los extremos aludidos por la demandante en el escrito primigenio.



Otro aspecto a resaltar, es que a excepción del señor *Víctor Manuel Paipilla*, quien era encargado en parte del área financiera y por ende conocía del contrato de trabajo que había suscrito la actora con la pasiva, las declaraciones de los señores *Javier Piedrahita Cruz* y *Julián Díaz Aldana* ni siquiera dieron fe de la modalidad contractual con la que se había vinculado la señora *Victoria Eugenia*, pues tan solo expusieron que prestaba una actividad donde en ocasiones viajaba, pero sin especificar el elemento subordinante que ataba a las partes sobre los extremos pretendidos.

Por lo anterior, puede concluirse que se corroboran los dichos del interrogatorio practicado a la representante legal de la empresa demandada señora *Luz Mery Reyes Vargas*, quien expuso en forma puntual la forma en que se desarrolló tanto el contrato de prestación de servicios como el de agencia comercial, mismos aspectos que se acompañan con los mentados contratos visibles a folios 231 a 235 y 236 a 240 respectivamente, con las diferentes certificaciones obrantes a folios 137 a 140, y con los comprobantes de pagos que le fueron cancelados a la actora desde el mes de marzo de 2005 hasta el mes de julio de 2006.

En tal sentido, es claro para la Sala que la demandada logró determinar el elemento subordinante del contrato de trabajo pretendido, y por consiguiente habrá de confirmarse la absolución por este aspecto.

Del concepto medios de transporte:

Frente a este aspecto, sea lo primero indicar que según se aprecia de la certificación emitida por la pasiva fechada el 3 de octubre de 2013, la actora desempeñó el cargo de Directora Línea de Diagnóstico e Inocuidad al momento al momento de su retiro (Fl. 137).

Alega la demandante que el concepto de medios de transporte fue pactado en el clausulado tercero del contrato de trabajo (Fls. 26 a 30), y a su vez la demandada se opone a que el mismo sea reconocido como factor salarial, pues aduce que no fue lo pactado dentro del contrato de trabajo. Para lo respectivo, una vez confrontado el contrato de trabajo, su cláusula tercera contiene:

“TERCERA: REMUNERACIÓN. El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR a título de salarios la suma de (\$850.000) moneda corriente. PARÁGRAFO PRIMERO: Las partes acuerdas expresamente que cualquier suma o beneficio adicional, prima extralegal, auxilio extralegal, bonificación, bono, medios de transporte o demás que reciba el TRABAJADOR proveniente del EMPLEADOR, en dinero o en especie, no será constitutiva de salario y en consecuencia no serán tenidas en cuenta para efectos de liquidación de prestaciones sociales, aportes a seguridad



social o parafiscalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del C.S.T., subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. Tampoco constituirán obligatoriedad y podrán ser dadas o dejadas de dar a voluntad del empleador. También se acuerda que según el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 donde se permite acordar entre empleador y empleado un pago no constitutivo de salario hasta por un 50% del valor de los ingresos mensuales, podrá aplicarse esta cláusula en el momento en que los aportes así lo estimen. Acogiéndonos al artículo antes mencionado, se cancelarán SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$650.000) mensuales, como MEDIOS DE TRANSPORTE”

En lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T establece que constituye salario 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, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, *medio de transporte*, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

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



“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

[...]

“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

“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.

“[...] 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.

[...]

“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

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

Descendiendo al caso de marras, puede advertir la Corporación que el concepto de medio de transporte en atención de lo regulado en el artículo 128 del C.S.T., en



concordancia con los parámetros jurisprudenciales, no constituyó salario dentro del presente asunto.

Esto en atención a que, como se coligió tanto de los testimonios de los señores *Víctor Manuel Paipilla, Javier Piedrahita Cruz y Julián Díaz Aldana* y las declaraciones de parte de la actora y la representante legal de la pasiva, los mismos fueron contestes en señalar que la demandante por la actividad desempeñada debía transportarse fuera de Bogotá a efectos de mantener las actividades de su cargo que era relacionado en ventas, por lo que dichas sumas no tenían como propósito retribuir el servicio de la actora, sino que estos rubros eran con la finalidad de asistirle en situaciones de transporte, máxime si se tiene en cuenta que de los desprendibles de nómina allegados por la demandada y que no fueron refutados de falsos, se aprecia que durante el transcurrir del interregno de la relación, dicho valor no se afectó con relación a lo pactado dentro del contrato (Fls. 438 a 502).

La actora también argumenta su reproche, en el hecho que de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, no debió determinarse como concepto de medios de transporte un mayor igual al 40% del mismo.

Su tópico no resulta de asidero, pues como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL5159 de 2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, dicha normativa no tiene relevancia de lo que resulta o no procedente de salario al tenor de lo contemplado en los artículos 127 y 128 del C.S.T., ya que su tenor literal deriva para aportes al sistema de seguridad social, el Alto Tribunal consagró:

“2. ACERCA DE LA PRESUNTA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 1393 DE 2010

“El artículo al que alude este acápite, preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 30. Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.

“A juicio de la Corte, la citada norma, inscrita en el capítulo de la Ley 1393 de 2010 sobre «medidas de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes», no modifica el concepto de salario definido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

“El precepto bajo análisis, se limita a prohibir que los pagos no constitutivos de salario excedan el 40% del total de la remuneración para efectos de determinar el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social. Nótese que la regla deja a salvo «lo previsto para otros fines», al tiempo que circunscribe esta



prohibición «para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993», esto es, el IBC de la seguridad social.

“Quiere decir lo anterior que el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no es una autorización para desalarizar hasta el 40% de la remuneración del trabajador. El régimen del salario, su concepto y sus elementos, siguen gobernados por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que lo conciben como toda remuneración que percibe el trabajador por la prestación del servicio. De manera que, bien puede ocurrir que en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP) se determine que ciertos emolumentos, inferiores al 40% del total de la remuneración, son salario porque retribuyen directamente la fuerza de trabajo.

Por tal razón, y al no perderse la esencia de dichos pagos, este puntualísimo aspecto de absolución habrá de confirmarse, al considerarse que no hizo parte del salario de la trabajadora, sino que por el contrario tuvo una destinación específica.

De las comisiones:

Frente al tema de las comisiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en puntualizar que ajeno al acuerdo que pactan las partes sobre estos rubros, los mismos no pierden su catalogación de ser constitutivos de salario como así lo ha sostenido de antaño, siendo una decisión la SL15842020, Radicación No. 67426 del 20 de abril de 2020:

“En cuanto a la naturaleza de las comisiones, la Sala de Casación Laboral ha sido prolija en indicar que tienen connotación salarial. Por ejemplo, en fallo SL 21941, 26 abr. 2004, indicó:

“Es por lo anterior que el tema puntual en discusión se reduce a determinar si en perspectiva del ordenamiento jurídico existente tiene o no eficacia jurídica el acuerdo de voluntades dirigido a sustraer como pago constitutivo de salario y, por ende, a excluir del que sirve de base a la liquidación de prestaciones sociales, lo reconocido al trabajador por concepto de comisiones; pues de tal definición depende la prosperidad de los cargos”.

“En relación con el aludido tema debe la Sala recordar que en reiteradas oportunidades ha puntualizado, interpretando para ello lo que al efecto prevén los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 14 y 15 de la ley (sic) 50 de 1990, que carecen de eficacia los acuerdos inter - partes que desconozcan el carácter salarial a las comisiones; hermenéutica que viene delineando desde la sentencia del 29 de enero de 1997, radicación 8426, la cual se ha mantenido, entre otras, en las de octubre 28 de 1998, radicación, 10951, diciembre 10 de 1998, radicación 11310, febrero 19, octubre 1º y noviembre 14 de 2003, radicaciones 19475, 21129 y 20914, respectivamente. Y es así como en la primera de las providencias citada se expuso:

“(…) observa la Sala, por vía de doctrina, que con arreglo al artículo 127 del C.S. del T. las comisiones pactadas entre el empresario y el trabajador son factor de salario en su integridad, sin que sea dable escindir las en sumas que se otorgan



como alojamiento y gastos de representación. Si las partes desean convenir estos últimos conceptos para que sean devengados por el empleado, lo pueden hacer en otra estipulación con las consecuencias que permite el artículo 15 de la ley (sic) 50 de 1990 (exclusión para efectos de prestaciones sociales), pero sin afectar la autonomía que revisten las comisiones, las que dada su naturaleza y previsión legal, siempre tienen una connotación salarial, por lo que un pacto en contrario sería ineficaz". (subrayas al margen).

De ahí que no resulte de asidero el hecho argüido por la demandada en el recurso de alzada, atinente a que las comisiones no constituyeron salario por el hecho que las causados fueron derivadas de las ventas del grupo de trabajo y no por la misma demandante, pues se itera, ingresaban directamente a su peculio como consecuencia de la gestión en ventas, por lo que era ilógico que no se tuviesen en cuenta como constitutivas de salario como así lo determinó el fallador de instancia.

En tal sentido, la condena impuesta por estos conceptos se confirmará, dejando de presente además que el *a-quo*, luego de realizar los cálculos correspondientes por concepto de las comisiones para los años de 2010 y 2011, ya que fueron las únicas que causó la actora como así lo confesó en su interrogatorio de parte y según se acredita de los pagos por estos conceptos visibles a folios 31 a 55, concluyó que el valor total adeudado ascendía a la suma de \$1.069.245, por lo que al no ser refutado dicho valor por ninguna de las partes, el mismo se mantendrá incólume.

De la sanción por la no consignación de las cesantías y la indemnización por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales:

La demandante sostiene que estas indemnizaciones deben ser pagadas por el hecho de que es evidente la mala fe en la que actuó la pasiva, al ocultar una verdadera relación laboral por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2005 y el 2 de julio de 2006, adicional a que no pagó las acreencias laborales incluyendo los conceptos de comisiones, cuando duró más de un año sin pagar las mismas.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citadas indemnizaciones no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019.



Frente al primer tópico de su argumento, esto es, que la demandada ocultó una verdadera relación laboral por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2005 y el 2 de julio de 2006, sus dichos no resultan acertados, ya que como se analizó en estas consideraciones, no se logró evidencias contrato de trabajo por los periodos pretendidos.

En lo que concierne a que la demandada no efectuó el pago de las comisiones y por tal razón son procedentes estas condenas, a juicio de la Sala la conducta desarrollaba por la pasiva no la envuelve en una mala fe, pues nótese que pagó en forma oportuna la liquidación de prestaciones sociales al momento del finiquito sobre los salarios o factores básicos devengados por la actora, y si bien no incluyó como factor salarial las comisiones que aquí se reconocen, este aspecto no puede ser considerado como un mal actuar, por lo que se mantendrá la absolución dispuesta en primer grado.

Por lo anterior, fue que el Juez de primera instancia condenó al pago indexado de las comisiones reconocidas por los años 2010 y 2011. Ahora, motiva la actora la conducta de mala fe de la actora con ocasión de la falsedad jurídica de los documentos que se aportaron al proceso visible a folios 242 a 248 y 2050 a 252, por cuanto la firma que allí se impuso no era de ella.

En este punto, en la audiencia consagrada en el artículo 77 del C.P.T y de la S.S. se propuso incidente de tacha sobre los referidos documentos, los cuales confrontados giran en torno a unos supuestos pagos por concepto de honorarios, medios de transporte, arredramiento, vehículo y arrendamiento bodega para los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2005, así como el mes de enero de 2006, para lo cual se aportó la experticia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense, a través de su Técnico-Forense *Magdalena Ovalle Rodríguez*, quien concluyó que no existía identidad gráfica de las firmas de la demandante (Fls. 882 a 888), respecto del cual se opuso la demandada en dictamen allegado a folios 942 a 962, del cual se concluyó que las firmas no presentaban falsificaciones por borrados, retoques, injerto, adiciones o sustituciones en las áreas correspondientes.

A pesar de lo anterior, como lo sostuvo el fallador de instancia, sería del caso proceder a realizar un análisis en base de la sana crítica respecto de los referidos dictámenes y con base en lo regulado en el artículo 231 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral conforme disposición del artículo 145 del C.P.T y de la S.S., sino fuese porque los mentados documentos objeto de tacha, en nada incidieron con el



contrato declarado por el periodo comprendido entre el 3 de julio de 2006 y el 22 de diciembre de 2011, por lo que su análisis resulta superfluo como consecuencia de la decisión aquí adoptada.

Por todo lo anterior, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de agosto de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Rafael Moreno Vargas
RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **19 2014 00689 01**
Demandante: LUZ ALBA ACOSTA RODRÍGUEZ
Demandado: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE
TRABAJO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN
TECNOLÓGICA ADETEK
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 7 de junio de 2019 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

La señora *Luz Alba Acosta Rodríguez*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *Cooperativa de Trabajo Asociado Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnología Adetek*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 16 de diciembre de 2007 y el 19 de noviembre de 2013, el cual terminó sin justa causa atribuidas al empleador, por cuanto se encontraba en estado de debilidad manifiesta.

En razón de ello, pretende el pago de prestaciones sociales y vacaciones, intereses a las cesantías, la sanción por la no consignación de las cesantías, sanción por despido sin justa causa, el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales y la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que la Cooperativa demandada presta sus servicios a *Angelcom S.A.*; que el día 16 de diciembre de 2017 ingresó a laborar con la demandada a través de un contrato de trabajo asociado para prestar sus servicios en las taquillas del sistema integrado de Transmilenio S.A., donde su jefe inmediato fue el señor *Humberto Cruz*, quien labora para *Angelcom S.A.*



Que se estableció, que realizaría personalmente la labor asó como el cargo a desempeñar de taquillero. Puntualizó que el 16 de mayo de 2012 informó al empleador que en su horario de trabajo había sufrido un accidente en su dedo pulgar en la taquilla de Transmilenio del Portal Norte.

Debido a esto, la ARL conoció del asunto y el 22 y 23 de noviembre de 2012 se le diagnosticó Osteoporosis y *“Dedo en Gatillo Bilateral en Primer Dedo”*, por lo que fueron emitidas distintas recomendaciones en su puesto de trabajo, de ello que, fuese trasladada por la demandada a otro puesto de trabajo, desempeñando el cargo de Auxiliar de Estación, siendo intervenida quirúrgicamente en el mes de marzo de 2013, por lo que en adelante siguió con recomendaciones médicas.

Que el 25 de octubre de 2013, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá le dictaminó *“Dx Tendinitis de Flexores de Muñecas y Manos, Epicondilitis Medial Bilateral, Pop Liberación de Primer Dedo en Gatillo”*, patologías de origen común, de lo que continuó con recomendaciones las cuales se le comunicaron a la demandada.

A pesar de lo anterior, el 19 de noviembre de 2013, la Gerente de la pasiva le notificó la terminación del contrato, aduciendo una sanción disciplinaria que quedó notificada en la misma calenda, como justa causa atendiendo los estatutos del Régimen de Trabajo Asociado, sin que solicitara previa autorización ante el Ministerio del Trabajo, a pesar de encontrarse cobijada por una estabilidad laboral reforzada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aludiendo que con la demandada lo que existió fue un vínculo de carácter cooperativo, por lo que no se presentó ningún tipo de intermediación laboral, ni contrato de trabajo alguno.

Que por lo anterior, la actora no goza de estabilidad laboral alguna, ya que no se requería para el finiquito autorización ante el Ministerio del Trabajo, pues reitera, que no existió un contrato de trabajo regulado bajo las disposiciones del C.S.T.

Formuló las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, carencia de derecho, genérica, prescripción, compensación, buena fe, y la denominada inexistencia de estabilidad laboral reforzada a favor de la actora.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 7 de junio de 2019, declaró la existencia del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2017 y el 19 de noviembre de 2013, en el que la actora devengó como último salario un S.M.L.M.V.

Para arribar a dicha conclusión, la *A-quo* en primer lugar precisó que la actora logró demostrar la prestación del servicio para con la demandada como quedó consignado en el contrato de asociación suscrito entre las partes, la liquidación del mismo y la carta de terminación. En lo que respecta al elemento de la subordinación, el mismo quedó acreditado de la confesión que hiciera el representante legal de la pasiva, quien adujo que la demandante recibía instrucciones de cómo debía realizar sus funciones e incluso fue objeto de un proceso disciplinario, circunstancias que dejaron al descubierto que no se desvirtuó a presunción del artículo 24 del C.S.T., pues la actora no desempeñaba sus servicios de forma independiente como se dispuso en el contrato asociativo.

En lo que respecta a la figura de la estabilidad laboral reforzada en los términos de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y atendiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-049 de 2017, dispuso que de conformidad con la calificación emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, se pudo determinar que la actora fue diagnosticada con Osteoporosis de Tendinitis de Flexores de Muñeca y Manos Bilateral, de ahí el hecho que *Saludcoop EPS* emitiera recomendación médica, concluyendo que al momento del despido se encontraba en tratamiento médico, y por tal motivo, la demandada debió alertar previamente esa autorización ante el Ministerio del Trabajo.

Seguidamente, resaltó que el argumento aludido por la demandada para el finiquito del vínculo comunicado a la actora el 19 de noviembre de 2013, no se ajusta a los parámetros jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto, no se probó que la señora *Luz Alba Acosta Rodríguez* hubiese cometido las faltas por las que se terminó el contrato, lo que conllevó a que existiera una presunción de discriminación por la afectación en salud que padecía, sumado a que dicha terminación no se ajustó a las causales consagradas en el artículo 62 del C.S.T. Por estas razones condenó a la pasiva por concepto de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en la suma de \$3.537.000, y por la sanción de despido sin justa causa en cuantía de \$4.956.000.

Que en razón de lo anterior, y dado el convencimiento de la pasiva en que la relación se enmarcó en un carácter asociado, era lógico que la demandada no efectuara



cancelación alguna de los emolumentos enmarcados dentro del contrato de trabajo, por lo que también la condenó al pago de cesantías en \$3.494.425, intereses a las cesantías \$2.45.701, vacaciones \$1.747.213 y prima de servicios \$3.494.425.

En mismo sentido condenó al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el interregno de la relación laboral, teniendo como IBC un S.M.L.M.V para todo el tiempo del contrato. No consideró de buena fe la conducta del empleador, fulminando condena al pago de la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T. en la suma de \$14.148.000, calculada entre el 20 de noviembre de 2013 y el 20 de noviembre de 2015, y en adelante al pago de interese moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta cuando se verifique su pago.

Por último, condenó al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en cuantía de \$28.492.500.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada la apeló. Expuso en su inconformidad, que se deben analizar las condenas por concepto de vacaciones, prima de servicios, e intereses a las cesantías, toda vez que la *A-quo* si bien las tasó sobre 2.134 días, no tuvo en cuenta el fenómeno prescriptivo.

Encontró inconformidad en la condena de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, aduciendo que, si bien el contrato entre las partes fue de carácter asociativo, con la contestación de la demanda se acreditó el pago de estos aportes a favor de la demandante de conformidad con lo establecido en la Ley 1233 de 2008 y el Decreto 3553 de 2008.

Frente a la declaratoria del contrato de trabajo, precisó que este no puede ser entendido como tal, ya que el vínculo de la demandante siempre se hizo a través de un contrato asociativo regulado en la normativa vigente, por lo que demandante al ser asociada, se le otorgaron los derechos y deberes consignados en los estatutos de la Cooperativa y fue trabajadora bajo un vínculo asociativo respecto del cual generó un aporte de trabajo adicional, aspectos todos por los que se logró desvirtuar la presunción del contrato de trabajo regulado en el artículo 24 del C.S.T., máxime si el contrato asociativo fue suscrito de manera libre y voluntaria, y a la actora se le capacitó para entender las distinciones entre un contrato asociativo y uno de trabajo tal como quedó acreditado dentro del proceso.



Que a la demandante se le efectuaron todos y cada uno de los procedimientos administrativos y operativos de conformidad con lo estipulado en el régimen de trabajo asociado, a tal punto que se le reconocieron todas y cada una de las compensaciones que estableció la Cooperativa, por lo que no existe ninguna prueba que demuestre la intermediación laboral pretendida, pues incluso la empresa donde la actora desempeñó su actividad no fue llamada al proceso; circunstancia por la cual, la causal de terminación se ajustó a lo consagrado en el régimen asociado.

Puntualizó que, en razón a que se logró desvirtuar la presunción del contrato de trabajo, no es procedente el pago de la indemnización de la Ley 361 de 1997, ni la sanción por despido sin justa causa, más aún, si la terminación del vínculo corporativo se dio con ocasión a las faltas de la actora en calidad de trabajadora asociada. Por último, solicitó que se estudie la buena fe en cara de las sanciones impuestas y que giran en torno a la falta de consignación de las cesantías y la indemnización por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, ya que siempre ha estado bajo el convencimiento que con la señora *Acosta Rodríguez* siempre existió una relación de trabajo asociado, tan es así, que se le reconocieron todos los emolumentos que comprendían su régimen de compensaciones.

IV.- CONSIDERACIONES:

5.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

5.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, por cuestiones metodológicas, la Sala determinará en primer lugar, si entre las partes existió contrato de trabajo o una vinculación Cooperativa, como lo alegó la demandada.

De prosperar el anterior planteamiento, se analizará si dentro del presente asunto operó el fenómeno prescriptivo, atendiendo que la pasiva alega la falta de estudio sobre esta excepción, para posteriormente verificar si hay lugar al pago de prestaciones sociales, vacaciones, la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361



de 1997, la sanción por despido sin justa causa, la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, la indemnización por la falta de pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, así como los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

5.3 DEL CASO EN CONCRETO:

La Sala para abordar el problema jurídico principal, debe hacer un análisis sobre los parámetros legales de las Cooperativas de Trabajo Asociado. Así las cosas, son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015.

Ahora bien, el artículo 2.2.8.1.12 *ejusdem*, consagra que las relaciones entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones, y en consecuencia, no se rigen por las disposiciones laborales, máxime que las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libre y autónomamente, y son los mismos asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

Lo anterior, por cuanto el referido Decreto, consagra que la contratación que se realice con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, no puede tener como objeto el disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, bien porque estas actúen como simples intermediarias en aquella relación contractual ejercida en favor de aquellos terceros o funjan como supuestas empresas de servicios temporales suministrando personal para ejecutar labores del giro ordinario de las empresas contratantes.

A partir del presente marco conceptual, y remitiéndonos a las pruebas obrantes en el plenario, encontramos que dentro de los estatutos de la Cooperativa se estableció que es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, de responsabilidad



limitada, de número de asociados y de patrimonio social variable e ilimitado, como se aprecia del artículo primero de dichos estatutos (Fls. 29 a 76 – Cuaderno 2).

Ahora, conforme con el libelo demandatorio, se tiene que la parte demandante en el presente caso no alega una intermediación y en consecuencia una verdadera relación de trabajo empresa alguna en la que prestó sus servicios como trabajadora asociada, sino un contrato laboral directamente con la *CTA* demandada.

En tal sentido, a diferencia de los argumentos expuestos por la *A-quo*, de las pruebas allegadas a plenario, la Sala no encuentra que existiera un abuso de la figura de Cooperativa de Trabajo Asociado, además que lo expuesto en el libelo genitor no se acompasa con las pruebas adosadas por ambas partes.

Nótese en primer lugar que, las partes celebraron un convenio de trabajo asociativo como se aprecia a folios 21 del cuaderno 1º y 170 del cuaderno 2º, suscripción que se dio luego de que la señora *Luz Alba Acosta Rodríguez* solicitara su afiliación como trabajadora asociada el 16 de diciembre de 2007 (Fl. 153 – Cuaderno 2).

En dicho convenio, se comprometió a desarrollar de manera exclusiva las funciones propias del oficio y en el lugar asignado, y a percibir las compensaciones en dinero en las condiciones, periodos y lugares establecidos en el régimen de compensaciones de la Cooperativa y de conformidad con lo establecido en la Ley al respecto.

Además, el convenio destaca que la actora podría participar democráticamente en la administración y toma de decisiones en la Cooperativa, siendo factible que se desempeñase como miembro de los órganos de administración y vigilancia de la misma, último aspecto que se denota de las diferentes participaciones que llevó a cabo para las elecciones de delegados del 13 de febrero de 2008, 3 de febrero de 2009, 11 de marzo de 2010, 9 de febrero de 2011 y 1º de febrero de 2012 (Fls. 158 a 159, 160 a 161, 162 a 163, 164 a 165, 166 a 167 – Cuaderno 2), e incluso, luego de que la Cooperativa abriera convocatoria para la inscripción de delegados para la asamblea de 2013, la demandante se postuló a tal cargo como se aprecia a folios 16 a 169 del referido Cuaderno 2 de la demanda.

Lo expuesto, se acompasa de lo aludido por la demandante en el interrogatorio de parte surtido, pues afirmó que su vinculación con la demandada se dio con ocasión a la suscripción de un convenio asociado de trabajo, vinculación que se produjo de manera expresa, libre y voluntaria.



Igualmente, de las pruebas que obran en el plenario, se observa que la demandante certificó el 9 de mayo de 2008, por intermedio de la *Fundación Instituto Jacob Endo Ome*, un seminario básico de economía solidaria, mismo que fue confesado igualmente por la señora *Acosta Rodríguez* en el interrogatorio de parte.

Ahora, si bien es cierto que el artículo 23 del CST determina que es necesario que confluya o se verifique la concurrencia de la prestación personal del servicio por el trabajador, es decir, que realice la actividad por sí mismo; que ello se dé bajo la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador, que le faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos; y que aquella labor sea retribuida con un salario, adicionalmente previó el legislador en el artículo 24 del mismo estatuto que: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

Sin embargo, en el presente asunto, la prestación del servicio se advierte como trabajadora cooperada de la demandada, ya que la actora en los supuestos fácticos de la demanda indicó que su actividad inicial fue de Taquillera, y luego por su afección en salud y las recomendaciones de la EPS y ARL fue trasladada a la actividad de Auxiliar de Estación, de lo que se colige en todo caso, es que dicha prestación personal del servicio no era en favor de la Cooperativa, sino para prestar sus servicios en lugar diferente como lo fue la empresa *Angelcom S.A.*

Por tanto, estima la Sala que cualquier presunción en favor de la actora por virtud de la prestación personal del servicio, quedó desvirtuada, pues la vinculación que existió entre las partes estuvo regida por las normas aplicables al sector solidario y excluidas de la legislación laboral, según lo dispuesto en el artículo 2.2.8.1.9. del Decreto 1072 de 2015 y por tanto que la condición de la actora era de trabajadora asociado.

Además como ya se advirtió, del estudio en conjunto de este material probatorio es dable advertir que la demandante, desde el inicio de la relación con la demandada conocía la forma de vinculación, se sujetó a las reglas y estatutos de la cooperativa, efectuando la solicitud de admisión; aportó su capacidad física en beneficio de esta, su fuerza de trabajo fue compensada en la forma establecida e incluso asistió a un curso de economía solidaria, por lo que no se advierte que el tipo de contratación cooperado, se haya descontextualizado de su giro legal.

Por tanto, si bien el vínculo asociado inició el día 16 de diciembre de 2007, y culminó el 19 de noviembre de 2013, último acontecimiento que se advierte de la terminación



que le comunicó la demandada a la actora en la misma calenda (Fls. 25 a 28), en donde se le indicó que el finiquito se daba con ocasión a unas faltas por la indebida ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo reguladas en el artículo 9º del Estatuto de la Cooperativa, los argumentos para la finalización del contrato no pueden entrar a estudiarse con el fin de determinarse si fueron ajustados a derecho, pues como ya se advirtió, al haber sido la vinculación de carácter asociativo, no existió un verdadero contrato de trabajo conforme a las disposiciones del C.S.T.

En las condiciones precedentes, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 167 del CGP, que señala que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, normatividad aplicable en materia laboral por remisión técnico legal del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., a la Sala le es factible concluir que no existe prueba alguna que acredite la prestación personal del servicio y de contera desvirtúe la existencia de la relación de trabajo solidaria de que da cuenta las pruebas valoradas, máxime si se tiene en cuenta que, conforme a lo dicho al inicio de esta decisión, la falladora de instancia no efectuó análisis de ninguna índole sobre el precepto legal para la contratación por parte de las Cooperativas Asociadas de Trabajo.

Por las razones anotadas, la Sala absolverá a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra, ya que todo lo solicitado de deriva precisamente de la existencia de un contrato de trabajo, que como ya se dijo, no se constituyó, al igual que se abstendrá de efectuar pronunciamiento con ocasión a la excepción de prescripción.

En este aspecto, se puntualiza que con ocasión a la sanción regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, si bien de las documentales allegadas se advierte indiscutiblemente que la señora *Luz Alba Acosta Rodríguez* durante el vínculo corporativo notoriamente tuvo un estado de indefensión al haber padecido inicialmente de osteoporosis como da fe el diagnóstico emitido por el Centro de Endocrinología de Enfermedades Metabólicas de calenda 22 de noviembre de 2012, y seguidamente, fue diagnosticada de Tendinitis de Flexores de Muñecas y Manos, Epicondilitis Medial Bilateral y Pop Liberación de Dedos en Gatillo Bilateral como se corrobora de la certificación emitida por el área laboral de Saludcoop EPS, mismas patologías que fueron calificadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en dictamen emitido por 25 de octubre de 2013, y que estas afectaciones fueron de origen común (Fls. 35, 42, 58 a 62 – Cuaderno 1), estas situaciones no pueden ser atendidas para otorgar la indemnización pretendida.



Ello por cuanto, al no haber existido un contrato de trabajo, el negocio cooperativo que cobijó a las partes a la luz de la jurisprudencia y la misma norma 361 de 1997, no puede ser entendido como una circunstancia de amparo para el otorgamiento de esta figura, más aún, si la Sala no advirtió que se hubiese camuflado una verdadera relación laboral, *per se*, conduzca a la declaratoria de la misma. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de junio de 2019 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

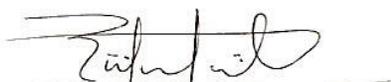
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **08 201500017 01**
Demandante: DIEGO ALEXANDER QUIZA VARGAS
Demandado: ARREDONDO MADRID INGENIEROS CIVILES
LTDA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Teniendo en cuenta el poder allegado por *Seguros del Estado S.A.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de dicha entidad, a la profesional *María Daniela Bueno Castro*, identificada con C.C No 1.014. 239.270 y T.P 282.979 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 23 de mayo del 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Diego Alexander Quiza Vargas* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS, ACERO ESTRUCTURAL DE COLOMBIA SAS* y la *UNIÓN TEMPORAL AIA AIM 2010* compuesta por *ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS SA* y *ARREDONDO MADRID INGENIEROS CIVILES*, para que se declare que entre el demandante y la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* existió un contrato de trabajo a término indefinido del 18 de julio al 11 de noviembre del 2011, percibiendo como salario mensual la suma de \$2.500.000 y que la demandada le adeuda el salario de los últimos 30 días, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, los aportes a seguridad social, la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria prevista en el



artículo 65 del C.S.T. Asimismo, solicita que se declare que las empresas *ACERO ESTRUCTURAL DE COLOMBIA SAS* y la *UNIÓN TEMPORAL AIA AIM 2010* compuesta por *ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS SA* y *ARREDONDO MADRID INGENIEROS CIVILES* son solidariamente responsables.

En consecuencia, pretende que se condene a la demandada *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* al pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones adeudados; así como a las empresas *ACERO ESTRUCTURAL DE COLOMBIA SAS* y la *UNIÓN TEMPORAL AIA AIM 2010* compuesta por *ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS SA* y *ARREDONDO MADRID INGENIEROS CIVILES*, a responder de forma solidaria en la porción correspondiente, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el 22 de julio del 2011 llegó a un acuerdo verbal con la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS*, en virtud del cual prestó sus servicios para la misma como Ingeniero de Montajes desde el 25 de julio del 2011 recibiendo como contraprestación directa la suma de \$2.500.000; que la empresa *ACERO ESTRUCTURAL DE COLOMBIA SAS* contrato a *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* para que ejecutara la función de fabricación e instalación de vigas en estructura metálica que serviría como domos y mediar lunas en el Centro Comercial Titán Plaza; que la *UNIÓN TEMPORAL AIA AIM 2010* suscribió con el IDU el contrato No 4 del 2011; que desarrolló las funciones que le fueron asignadas por la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS*, con los instrumentos y medios de trabajo suministrados por esta, que tenía un horario variable y recibía órdenes de *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS*.

Que la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* dio por terminado su contrato de trabajo de forma unilateral e injusta, por lo que el demandante laboró hasta el 11 de noviembre del 2011, sin que le fuera cancelado el salario del último mes; que no fue afiliado a seguridad social, ni tampoco le fueron canceladas las prestaciones sociales ni las vacaciones por el periodo de tiempo laborado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Las demandadas *ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A* y *ARREDONDO MADRID INGENIEROS CIVILES LTDA.*, mediante su escrito de contestación se oponen a las pretensiones argumentando en su defensa que la *UNIÓN TEMPORAL* no es una persona jurídica y no se puede declarar la solidaridad con las personas jurídicas que la conforman, por cuanto esta no se puede declarar de forma proporcional y no hay certeza de que el demandante hubiera prestado sus servicios para las mismas.

Proponen como medios exceptivos de fondo los que denominan prescripción e inexistencia de la obligación.

A su turno, la empresa *ACERO ESTRUCTURAL DE COLOMBIA SAS* en su escrito de contestación se opone a las pretensiones, en primera medida porque la mayoría de estas no están formuladas en su contra y en segunda medida, en consideración a que no se acredita la existencia de un vínculo laboral entre dicha empresa y el demandante.

Formula como medios exceptivos, los que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en el juicio, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y prescripción.

Con auto del 25 de septiembre del 2015, se acepta el llamamiento en garantía de la empresa *SEGUROS DEL ESTADO SA*.

La empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* en su escrito de contestación se opone a las pretensiones limitándose a indicar en su defensa que no adeuda suma alguna al libelista. Formula como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido y prescripción.

Finalmente, *SEGUROS DEL ESTADO S.A* en su escrito de contestación al llamamiento en garantía, aduce que no se allana ni se opone por desconocer las situaciones y pormenores que dieron lugar a las pretensiones.

Propone como medios exceptivos los que denomina imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las indemnizaciones laborales en los responsables solidarios, pronunciamiento expreso sobre las pretensiones condenatorias y omisiones del llamamiento en garantía. Como



medios exceptivos del llamamiento en garantía, propone las que denomina ausencia de cobertura por iniciarse el riesgo por fuera de la vigencia de la póliza de cumplimiento, cobertura exclusiva de los riesgos practicados en la póliza de seguros de cumplimiento, inexistencia de la obligación, límite de la responsabilidad, cobro de lo no debido y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 23 de mayo del 2019, declara la existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* del 25 de julio al 11 de noviembre del 2011; condena a la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* a cancelar al demandante: \$754.837,78 por concepto de cesantías, \$6.083,70 a título de intereses de cesantías, \$166.666,67 por concepto de prima de servicios, \$83.333,33 por concepto de vacaciones y \$916.666,67 por concepto de salarios; igualmente al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. consistente en un salario diario a partir del 12 de noviembre del 2011 y hasta el 11 de noviembre de 2013 y a partir del 12 de noviembre de 2013 los intereses moratorios fijados por la Superintendencia Financiera; absuelve a la sociedad *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* de las demás pretensiones incoadas en su contra, declara no probada la excepción de cobro de lo no debido, declara probadas las excepciones propuestas por las empresas *ACERO ESTRUCTURAL DE COLOMBIA SAS* denominada inexistencia de la obligación, así como la propuesta por *ARREDONDO MADRID INGENIEROS CIVILES LTDA.* y *ARQUITECTOS E INGENIEROS SA*; y condenó en costas a *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS*.

Como sustento de su decisión luego de realizar un análisis de los interrogatorios, testimonios y documentales aportadas, concluyó que se encontraba acreditada la prestación personal del servicio y que la encartada no logró derruir la presunción legal prevista en el artículo 64 del C.S.T, por lo que decide declarar la existencia de la relación laboral, tomando como último salario la suma de \$2.500.000, con fundamento en la certificación obrante a folio 65.

En claro lo anterior, estima pertinente fulminar condena por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, pero previo a ello decide estudiar la excepción de prescripción, refiriendo en consideración a la fecha de terminación de la



relación laboral, esto es el 11 de noviembre del 2011, que la demanda fue radicada el 10 de noviembre del 2014 y que la reclamación al empleador fue radicada el 17 de octubre de 2014, estimó que se encuentran prescritas las acreencias laborales causadas con antelación al 17 de octubre de 2011, con excepción de las cesantías, procediendo a realizar la liquidación de las acreencias laborales, teniendo en cuenta 116 días laborados.

De otra parte, aduce que no existe buena fe de la demandada, en tanto siempre indicó que el contrato fue de carácter civil y además aceptó que le quedó adeudando al demandante parte de sus salarios. Por lo que ordena el pago de la sanción moratoria.

Frente a la solidaridad, indica con fundamento en lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T. el objeto social de las demandadas no es el mismo, por lo que estima que no se dan los presupuestos de la norma para declarar la solidaridad.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS* inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, en el que en síntesis indicó que el vínculo que existió entre las partes fue de carácter civil, en tanto en la empresa solo se requiere vincular mediante contrato laboral a los operarios, lo que no acaece con el accionante, de quien no se requería que prestara un servicio permanente, como resultado de ello, se verificó el pago de honorarios y no de salarios, pues no estaba sujeto a órdenes sino a instrucciones propias de un proyecto de consultoría, por lo que el contratista no tenía la obligación de cumplir horarios, lo que no obsta para que tuviera que rendir algunos informes sobre su gestión como consta en los correos electrónicos.

Asimismo, indica que no fueron estudiadas todas las pruebas y el fallo no es congruente con las pretensiones de la demanda en la cual se solicita el pago de las acreencias laborales y prestaciones, desde el 28 de julio del 2017 hasta el 11 de noviembre del mismo año y después en los hechos de aduce que la negociación inició en el año 2011.

De otra parte, aduce que el demandante no probó la continua subordinación y confunde la prestación de servicios con un contrato laboral, además los hechos



narrados frente a terceros tienen que ver con contrataciones realizada con la empresa que en nada le competen al demandante, esto quiere decir que aparte de las funciones para las cuales fue contratado no tenía relación con ninguna otra entidad. En lo que respecta a las funciones que relata en la demanda, aduce que existe una clara contradicción, pues aduce que fue contratado como Ingeniero de Montajes, pero indica que realizó funciones de talento humano, en una empresa con más de 20 años de experiencia en Ingeniería y Arquitectura que contrata con el Estado, además que no contaba las calidades necesarias para desarrollar dichas funciones.

También indica que el elaboraba las nóminas y de ser así debió liquidar sus acreencias laborales, confundiendo un contrato de prestación de servicios con uno de índole laboral, cuando no cumplía horario como lo indicaron los testigos, lo cual se observaban los demás empleados de la obra que tenían contrato de trabajo y en lo que respecta al testigo, manifestó que solo lo observó en una oportunidad, además la certificación de folio 65 fue suscrita por una persona distinta a recursos humanos de la entidad y el Juzgado no indica cuándo dejó de ser un contrato civil y se convirtió en uno laboral.

Que los correos electrónicos dan cuenta que el vínculo contractual inició en julio de 2011, además se evidencia que no existe contrato laboral, pues no se le daban funciones y solo debía rendir informes de su gestión como se contempló en el contrato de prestación de servicios, por lo que el demandante debía pagar la Seguridad Social y la demandada se encargó de pagar la ARL, además debía presentar cuentas de cobro y no se evidencia que existiera subordinación conforme lo indicado a los testigos.

Por otra parte el *demandante*, presenta recurso de apelación en el que en suma indica que diciente del estudio de la prescripción, pues estima que esta no operó respecto de las vacaciones, derecho que se causó a la terminación del contrato, frente a la prima de servicios indica que esta tampoco puede estar prescrita conforme lo dispuesto en el artículo 306 del C.S.T.; alude que fueron indebidamente liquidadas las acreencias laborales, pues no se debieron tener en cuenta 106 días, sino 107 días. Frente a la indemnización por despido injusto, indica que el demandante en el hecho 24 claramente indica que el contrato finalizó sin justa causa y aunque no se adujo de forma puntual que fue el demandante quien terminó el contrato si se puede interpretar que la decisión del actor fue



adoptada por el no pago de los salarios y prestaciones sociales, como lo adujo la prueba testimonial, por tanto, sí procede el pago de la indemnización por despido injusto.

Finalmente, refiere que disiente de la solidaridad pues estima que el objeto social de las demandadas es idéntico, pues es el montaje de una estructura metálica que fue la labor desarrollada por el demandante, lo cual podía ser realizado directamente por ACERAL y lo mismo frene a la Unión Temporal, pues también tiene este objeto social que es el montaje y desmontaje de la estación de Transmilenio de Alcalá, luego dentro de la prueba documental, la única diferencia que existe es el proceso de ensamblaje, pero el objeto del contrato si comprende el objeto social de las demandadas.

V.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, (i) si entre el actor y la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.* existió una relación laboral. En caso afirmativo, (ii) proceder a determinar si la demandada debe responder por la indemnización por despido injusto, (iii) si operó el fenómeno jurídico de la prescripción, (iv) si fueron indebidamente liquidadas las acreencias laborales en primera instancia; y (v) si está llamada a prosperar la pretensión encaminada a que se declare la solidaridad entre las empresas convocadas al presente juicio.

c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un



servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

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

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

Finalmente, debe acotarse que respecto de la diferenciación entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado en la sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.



“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

a. Del Caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si la labor desarrollada por la demandante para la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.* se rigió por un contrato de prestación de servicios como lo alega la encartada o por uno de carácter laboral como lo indica el demandante.

De cara a lo aludido, se realizó un análisis detallado del acervo probatorio en el cual se constató que el representante legal de la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.*, confesó que contrató al demandante el 25 de julio del 2011 y que le quedó adeudando 11 días de honorarios; que el objeto del contrato era para la elaboración de unas vigas en el Centro Comercial Titán Plaza y en la Estación de Alcalá, actividad para la cual debía rendir unos informes sobre su gestión y las labores desarrolladas por los trabajadores para que la empresa pudiera pagar la nómina y que además debía realizar labores técnicas como la compra de uniformes o elementos para la obra.

De otra parte, se resalta de lo manifestado por los testigos *Juan Alberto Rincón Carrillo* quien trabajó con el demandante en los proyectos de *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.* y *Andrés Mariño Amaya* trabajador de *ACERAL*, que el demandante desarrolló sus funciones como ingeniero para la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.* en los proyectos de construcción de una infraestructura en el Centro Comercial Titán Plaza y en la Estación de Alcalá, ambos proyectos a razón de un contrato suscrito entre *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.* y la empresa *ACERAL*. Siendo puntual el deponente *Andrés Mariño Amaya* al manifestar que solo vio en una oportunidad al demandante en un comité que se llevó a cabo en el Centro Comercial Titán Plaza, por lo que de su dicho poco se puede extraer sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en que el actor ejecutó el contrato.



No obstante lo anterior, del testimonio de *Juan Alberto Rincón Carrillo* si es dable establecer que el demandante era una de las personas a cargo del personal que desarrollaba las obras de *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.*, que debía cumplir un horario y de hecho supervisar el cumplimiento del mismo, que debían pedir permiso para ausentarse y la actividad desarrollada por el demandante no era autónoma, pues debía seguir las directrices de la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.*, órdenes impartidas a través del señor *Rafael Núñez*, empleado de *GDS*. Además, puntualiza que fue la empresa quien terminó el contrato cuando finalizó la obra y quedó adeudando parte de los salarios.

Sumado a lo anterior, dentro de las documentales obrantes en el proceso se evidencian los correos electrónicos entre el demandante y la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.*, en los que se verifica el proceso de contratación y las órdenes suministradas, tales como la remisión de fotografías del proyecto, la citación a reuniones e instrucciones en el desarrollo de la obra, las gestiones que debía realizar dentro de los procedimientos adelantados en la obra, los horarios que se debían seguir e incluso la papelería que se debía utilizar (Fls 110-280).

Así las cosas, no existe duda alguna para la Sala que en el presente caso sí existió un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S.*, pues no solo se encuentra plenamente acreditada la prestación personal del servicio, sino que la encartada no logró derruir la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T, *a contrario sensu*, de la declaración del testigo *Juan Alberto Rincón Carrillo*, la confesión verificada por el representante legal de la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S* y los correos electrónicos, se corrobora de forma diáfana que la ejecución de las labores desarrolladas por el libelista, en modo alguno fueron ejecutadas de forma autónoma o independiente, sino que estaba sujeta a una clara subordinación, evidenciada en la imposición del cumplimiento de horarios y parámetros claros para el desarrollo de sus funciones, como la imposición de asistencia a reuniones, el supervisar las labores de los trabajadores y la compra de elementos de trabajo para el desarrollo de la obra, actividades que en modo alguno podrían resultarle exigibles a un contratista.

En lo que atañe a los extremos temporales de la relación laboral, es patente que tal como lo sostuvo el *a quo* esta se extendió del 25 de julio al 11 de noviembre del



2011, pues fue el propio representante legal de la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S* quien confesó el extremo inicial, máxime que concuerda con lo referido en la certificación de folio 65, la que no fue tachada de falsa bajo los lineamientos trazados en el artículo 269 del C.G.P.

Frente al monto del salario, en efecto es la certificación de folio 65 la que nos permite corroborar que el último salario devengado fue de \$2.500.000.

Siendo ello así, es patente que se fulmine condena por el concepto de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de cancelar a la fecha; no obstante, previo verificar la liquidación realizada por el fallador de primera instancia resulta necesario estudiar la excepción de prescripción.

c. Prescripción:

En lo que a este tópico concierne, recuerda la Sala que en materia laboral el término de prescripción es de 3 años contados desde la fecha en que la obligación se hizo exigible, acorde lo reglado por el artículo 488 del C.S.T; el cual puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple escrito presentado por el trabajador al empleador (Art. 489 del C.S.T).

Ahora bien, en el *sub-examine* la relación laboral feneció el 11 de noviembre de 2011, así pues, dado que el demandante presentó la reclamación a la encartada hasta el 17 de octubre de 2014 (Fl. 105) y en tanto, radicó la demanda que hoy nos ocupa el 10 de noviembre del 2014, deviene lógico afirmar que alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción, respecto de las acreencias laborales causadas con antelación al 17 de octubre de 2011, como de forma acertada lo adujo la falladora de primera instancia.

Siendo ello así, debe precisar la Sala que no le asiste la razón a la parte actora en su recurso de alzada al aludir que ninguna de las acreencias laborales se encuentran prescritas, por cuanto no es cierto que la exigibilidad de las mismas se generó hasta la data de terminación del vínculo laboral, como lo parece entender el promotor en la alzada, pues con excepción de las cesantías, todas y cada una de estas se va haciendo exigible durante la vigencia de la relación laboral, con arreglo a las fechas en que el legislador previó su obligación de pago.



Dimana de lo antes preceptuado que, en efecto se encuentran parcialmente prescritas las obligaciones laborales reclamadas en el presente proceso, por lo menos en lo tocante a la prima de servicios y los intereses de cesantías, causados con antelación al 17 de octubre de 2011.

No obstante, ni las cesantías, ni las vacaciones se habrían visto afectadas por el fenómeno de la prescripción, las primeras por cuando se hacen exigibles a la culminación de la relación laboral como in extenso ha sido explicado por la Sala Laboral del Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 6552 del 2016 y las segundas, como quiera que se encuentra plenamente adoctrinado que en razón a que el trabajador tiene la potestad de acumularlas hasta por un año, por lo que el termino de prescripción se inicia a contar al finalizar la anualidad siguiente a su causación, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia SL-16528 del 2016.

Así las cosas, el único dislate jurídico en el cual habría incurrido la falladora de primera instancia es en haber estudiado la prescripción, fue haber declarado parcialmente prescrito el derecho a la compensación en dinero de las vacaciones, pues como se explicó en líneas anteriores, esta acreencia no quedó afectada con el fenómeno jurídico de la prescripción.

d. Liquidación de Prestaciones Sociales:

Así las cosas, procede la Sala a efectuar los cálculos aritméticos de rigor, teniendo en cuenta para dicho fin que el demandante laboró un total de 107 días, logrando constatar que la encartada debe cancelar al demandante:

- 1- Por concepto de prima de servicios, conforme lo dispuesto en el artículo 306 del C.S.T, la suma de \$166.666,67, como de forma acertada lo indicó el *a-quo*.
- 2- Por concepto de cesantías, acorde lo dispuesto en el artículo 249 del C.S.T, la suma de \$743.055,55. Sin embargo, dado que este monto es inferior al establecido en primera instancia, en virtud del principio de *no reformatio in pejus*, como quiera que solo la parte actora controvertió este punto, se mantendrá la cuantía establecida en primera instancia.



- 3- Por concepto de intereses de cesantías, según lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, \$5.944. monto que por ser inferior al de primera instancia, se mantendrá con fundamento en el argumento ya expresado.
- 4- Por concepto de vacaciones, conforme lo reglado por el artículo 186 del C.S.T, una suma igual a \$371.527,77, por tanto, este será el único monto que se modificará por parte de esta Corporación.

Finalmente, en lo que respecta a la liquidación de acreencias laborales, dado que el actor no debatió el monto establecido por los 11 días de salario adeudados, la Sala no realizará pronunciamiento alguno frente al mismo.

e. Indemnización por despido injusto:

En lo que a este punto respecta, basta referir que se tiene por sentado que para que proceda el reconocimiento y pago del mismo, corresponde al trabajador acreditar al despido y a la empresa la justa causa que dio lugar a la terminación del vínculo laboral.

En el *sub-examine* el recurrente en la alzada aduce que se sobre entiende de la demanda que el demandante renunció por la falta de pago de las acreencias laborales, afirmación que le da a entender a esta Sala que lo que pretende es acceder a la indemnización por despido injusto por la terminación del contrato por causas imputables al empleador.

Pese lo anterior, lo primero que debe decir la Sala es que en el libelo genitor lo que se alegó fue que el actor fue despedido sin justa causa, supuesto de facto que sea del caso advertir, goza de orfandad probatoria, pues sobre el particular solo aparece vertida la declaración del deponente *Juan Alberto Rincón Carrillo* quien se limitó a indicar de forma contradictoria que la encartada les había terminado el contrato cuando concluyó la obra y que no les habían pagado, afirmación que resulta insuficiente para dar por demostrado el despido alegado por el actor pues no da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la empresa le comunicó tal hecho directamente al demandante, tal como lo indicó el fallador en primera instancia.

Ahora, si lo pretendido fuera reclamar la indemnización por despido injusto, con fundamento en una renuncia motivada, dicho *petitum* no fue objeto de debate



dentro del litigio, sin que sea dable realizar una interpretación tan amplia de la demanda a efectos de dar por sentado que ello era lo pretendido por el actor en el presente juicio, cuando tal planteamiento no quedó esbozado en la demanda, ni los hechos alegados fueron objeto de debate dentro de la litis, como para que el fallador de primera instancia se pronunciara *ultra y extra petita*. Con todo, si en gracia de discusión se diera por sentado que este pedimento sí hacía parte de la demanda, tampoco existe evidencia probatoria alguna de que el demandante hubiese renunciado a la encartada por no haber recibido el pago de sus acreencias laborales.

Luego es patente que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S, por lo que deviene lógico confirmar la absolución impartida en primera instancia respecto de este punto.

f. Responsabilidad solidaria de la codemandada:

Apela la parte actora, insistiendo en que se debió condenar de forma solidaria a las empresas *ACERO ESTRUCTURAL DE COLOMBIA SAS* y a las empresas que conforman la *UNIÓN TEMPORAL A.I.A.*, pues insiste que el objeto social es el mismo.

Sobre el particular se debe recordar, que la solidaridad es una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista, consagrada en el art. 34 del CST, subrogado por el 3º del Decreto 2351 de 1965, en los siguientes términos:

“1º) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.”



2º) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas...” (Negrillas fuera de texto)

Precepto legal, modulado e interpretado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente, cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL 2262 de 2018, en la que hace alusión a la del 5 de febrero de 2014, radicación 38651:

“...En efecto, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que 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 CST, es preciso que las tareas coincidan con las labores normales del dueño de la obra.

“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 dealzada 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...**”*

En el *sub-lite*, se encuentra demostrado en el proceso que la empresa GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS, suscribió con la empresa ACERO ESTRUCTURAL



DE COLOMBIA SAS el contrato No 1171112, cuyo objeto era la fabricación, *sandblasting*, pintura, montaje y transporte de domos circulares y dos medias lunas para el Centro Comercial Titan Plaza según las especificaciones dadas por *ACERAL*; así mismo, se logró constatar que la *UNIÓN TEMPORAL AIA AIM 2010*, contrató a la empresa *ACERAL SAS* para una obra en la Estación Alcalá y a su turno *ACERAL SAS*, subcontrato para el montaje de la estructura a *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS*, lo cual fue acreditado mediante el testimonio del señor *Andrés Mariño Amaya*, en tanto no fueron arrimados al proceso los contratos marco correspondientes, más allá del contrato suscrito por el IDU con la Unión Temporal para dicho fin (Fls. 66-100), cuyo objeto radicaba en la elaboración de los estudios y diseños para la ampliación de la Estación Alcalá.

Asimismo, se tiene por sentado que el demandante laboró para la empresa *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS*, en los montajes efectuados por dicha sociedad para la empresa *ACERAL S.A.S*, conforme lo explicado previamente.

En claro lo precedente, se realizó un estudio de los certificados de Cámara y Comercio de las encartadas, logrando corroborar que el objeto social principal de *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS*, es el diseño, consultoría o asesoría en todos los ramos relacionados con la arquitectura, ingeniería y economía (Fls 44-45), a razón del cual desarrolló el objeto contractual del contrato No 1171112. No obstante, se corrobora que el objeto social de *ACERAL SAS* (Fls 47 a 48), no comprende todas las actividades encomendadas a *GDS CONSULTORÍA E INGENIERÍA SAS*, en el contrato previamente indicado pues la contratista no se dedica a la fabricación, ensamble ni pintura de domos o medias lunas; sino a la reparación de estructuras metálicas como puentes, estanterías, cubiertas, tanques de almacenamiento, remolques, carrocerías y productos para construcción. Por tanto, no existe solidaridad alguna entre estas, en tanto las actividades desarrolladas por *GDS* si resultaban ajenas a las normalmente desarrolladas por *ACERAL SAS*, lo que explica por qué se realizó la subcontratación de esta actividad.

Finalmente en lo que atañe a la *UNIÓN TEMPORAL AIA AIM 2010*, basta indicar que el material probatorio aportado es precario, pues se extrae de los testimonios que *GDS* estaba haciendo unas estructuras metálicas en la Estación Alcalá, pero se desconoce exactamente cuales fueron y en todo caso, no se encuentra coincidencia entre dicha labor y la actividad contratada por el IDU con la *UNION TEMPORAL*, pues se itera que conforme el contrato allegado esta solo estriba en la



elaboración de estudios y diseños para la ampliación de la Estación Alcalá, pero nada se indica de la elaboración de estructuras, ni tampoco existe soporte alguno que acredite que este era el objeto del contrato suscrito con *ACERAL SAS*.

Luego es menester de la Sala confirmar lo decidido por la a quo, frente a este punto del debate, esto es la inexistencia de solidaridad respecto de las empresas que conforman la *UNIÓN TEMPORAL AIA AIM 2010* y *ACERAL SAS*. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

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

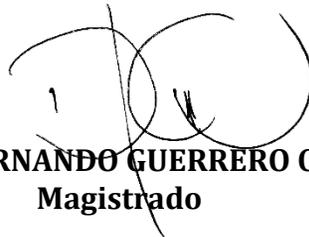
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de establecer que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción frente a la compensación de vacaciones, y por ende, el monto de las mismas asciende a \$371.527,77 dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

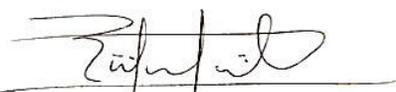
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 08 2015 00753 01
Demandante: IVÁN OSWALDO FONSECA GUTIÉRREZ
Demandado: ARL SURA y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE
 INVALIDEZ

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala estudiar el proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., con ocasión de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Iván Oswaldo Fonseca Gutiérrez*, instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad que se declare la nulidad del Dictamen No. 078903 del 29 de mayo de 2015 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el sentido que se emita uno nuevo con el que se reconozca una indemnización superior a la reconocida por la *ARL Sura*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones en síntesis adujo que se encuentra vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido con la empresa *Industrias Tratenic S. en C.* desde el día 5 de octubre de 2012, desempeñando las funciones de instalador de aislamiento térmico a la tubería de conducción de crudo *Pacific Rubiales*, con sede en el municipio de Puerto Gaitán Meta.

Que en cumplimiento de sus funciones, el 7 de octubre de 2012 sufrió un accidente laboral, cayendo de una altura aproximada de tres metros, sin que sus funciones se realizaran con el cumplimiento de un programa de seguridad industrial a pesar de las labores de alto riesgo que desempeñaba, de ahí que se le haya diagnosticado politraumatismos, trauma craneoencefálico, hematoma subgaleal parietal izquierdo y fractura de vértebra L1 por aplastamiento, siendo las secuelas en la actualidad, que resultan letales para su vida laboral futura si se tiene en cuenta que era de su fuerza física de donde provenía su sustento, siendo su afectación tan seria que entre la fecha del accidente y el 9 de marzo de 2015 acumula 699 días de incapacidad.

Por ello, mediante dictamen practicado por Suramericana S.A. de fecha 20 de mayo de 2014, se estableció una patología de origen profesional, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 29.29%, respecto del cual, se interpuso recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien a través de dictamen No. 078903 del 29 de mayo de 2015 fijó un grado de pérdida de capacidad laboral del 37.36%, y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen No. 80763148 del 8 de julio de 2015 varió la misma en 36.57%.

Que en virtud de lo anterior, la ARL procedió a efectuar la liquidación producto de la indemnización correspondiente en valor de \$29.814.800, la cual se le consignó en su cuenta de ahorros, sin encontrarse de acuerdo con el dictamen emanado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues el mismo no se encuentra ajustado al procedimiento legal establecido en el Manual Único de Calificación de Invalidez, y



mucho menos al rigor y objetividad en la valoración y evolución de las graves secuelas dejadas por el accidente laboral en cumplimiento de lo previsto en el artículo 41 del Decreto 1352 de 2013.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *ARL Sura* se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estuvo conforme a derecho, ya que cumplió con todos los procedimientos médicos y legales aplicables, adicional a que dicho dictamen se encuentra en firme.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, cosa juzgada, pago y compensación.

Por su parte, la demandada Junta Nacional de Calificación de Invalidez también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aludiendo que sobre la pérdida de capacidad laboral se emitió un concepto técnico con plena sujeción al debido proceso, estableciéndose el real porcentaje de su incapacidad, precisando que existe suficiente documentación por parte de los especialistas en ortopedia y fisioterapia que denotan recuperación de las lesiones iniciales.

Propuso las excepciones de legalidad de la calificación emitida, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional Exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del *petitum*: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, inexistencia de obligación : improcedencia de las pretensiones respecto de la Junta Nacional de Calificación – competencia del Juez Laboral, buena fe y la denominada genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de febrero de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probada la excepción de legalidad de la calificación emitida, e improcedencia del *petitum* propuestas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los parámetros que regulan la pérdida del origen de la capacidad laboral, tales como la Ley 776 de 2002 y el Decreto 2463 de 2001, el dictamen pericial No. 80763148 del 8 de julio de 2015 emanado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fue valorado en legal orden, máxime si se tiene en cuenta que durante el transcurrir del trámite procesal, de oficio se dispuso que dicha Junta emitiera un nuevo dictamen pero con otra sala de decisión, último que no fue objetado por ninguna de las partes y que además confirmó la misma pérdida de capacidad laboral que el primero, esto es, un porcentaje del 37.36%, sin evidenciar cambios clínicos respecto del primer dictamen.

De ahí, que la *a-quo* no procediera con la revocatoria del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la decisión de primer grado no fue apelada por ninguna de las partes, se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante por ser las pretensiones adversas a sus pedimentos, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, la Sala estudiará si en el presente asunto, es dable declarar la ineficacia del dictamen No. 80763148 del 8 de julio de 2015, proferido por la Junta Nacional de Calificación; en consecuencia, determinar si el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral que allí se le determinó es objeto de aumento.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de reproche que al demandante la *ARL Sura* en inicio le determinó una pérdida de capacidad laboral del 29.29%, con un origen de carácter profesional a través del dictamen del 20 de mayo de 2014 (Fls. 12 a 14).

En mismo sentido, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez en dictamen del 30 de diciembre de 2014, por remisión de la *ARL Sura*, determinó que la pérdida de capacidad laboral sería equivalía al 36.57 (Fls. 61 a 67), así como que la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez* en dictamen del 8 de julio de 2015 en sede de apelación que presentara la *ARL Sura*, determinó que la pérdida ascendía a un porcentaje del 37.36% (Fls. 68 a 80).

En dichos dictámenes, el diagnóstico motivo de la calificación fue la de trastornos de adaptación, cefalea postraumática crónica, otros trastornos de la función vestibular y fractura de vértebra lumbar.



Expuesto lo anterior, debe decirse que respecto a la pérdida de la capacidad laboral, el Decreto 2463 de 2001, estableció en su artículo 6º, que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda, y que si se presentan discrepancias por el origen, estas deben ser resueltas por la Junta Regional y, en caso de apelación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Asimismo, se indica en el artículo 11, que los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de estos, pueden ser sometidas a un control ante la jurisdicción ordinaria laboral, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente como del grado de pérdida de la capacidad laboral.

Igualmente, en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, se estableció:

“(...) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciera sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales...”

Adicionalmente, no sobra advertir que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado



de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Por ello, el Decreto 2463 de 2001, especialmente en su artículo 9º, determina que las calificaciones del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, se deben fundamentar en las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos, fruto de una calificación integral, para establecer la deficiencia, discapacidad y minusvalía, de acuerdo con todas las afectaciones de la persona y en el caso que nos ocupa para la determinación del origen de las patologías.

En el caso concreto, es claro que para determinarse el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del acto, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez debía tener todas las anteriores; no obstante, teniendo en cuenta que el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no es la prueba exclusiva para determinar los factores de cualquier afectación o patología y así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, en varias sentencias tales como sentencias con Radicación No. 24392 29 del 29 de junio 2005, reiterada en la de Radicación No. 25505 del 30 agosto 2005 y SL5622-2014, Radicación No. 52072, se deben estudiar todos los elementos probatorios con el fin de determinar cuáles son las que forman el convencimiento suficiente para definir el problema jurídico planteado.

Así las cosas, ha de precisarse que el Juzgado primigenio en el transcurrir del trámite procesal y en forma oficiosa, ordenó que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitiera un nuevo dictamen por una Sala diferente a la que emitió el discutido en este proceso, dictamen que fue proferido 23 de noviembre de 2018 (Fls. 190 a 197), el cual, una vez fue aportado al plenario, se le corrió traslado en los términos regulados en el artículo 228 del C.G.P. mediante proveído de calenda 13 de mayo de 2019 (Fl. 204), sin que ninguna de las partes hubiese objetado el mismo.



En dicho dictamen, la Sala de decisión No. 2 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó el mismo porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es, 37.36%, en tanto el actor padeció de deficiencias del 19.11%, discapacidades en 5.00% y minusvalías en un 13.25%.

En tal sentido, puede concluir la Sala que el dictamen decretado de oficio como prueba pericial por el Juzgado, se encuentra ajustado a derecho, toda vez que este surtió el trámite legal correspondiente y se le garantizó en su momento a las partes el derecho de contradicción y defensa en los términos consagrados en el artículo 228 del C.G.P., situación por la que pueda ser valorado en forma íntegra junto con los demás medios de convicción según las reglas legales y jurisprudenciales, máxime si se tiene en cuenta, que este ente es el legalmente facultado para la experticia decisional de dichos dictámenes.

Así las cosas, nótese que en el primer dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, esto es, el del 8 de julio de 2015 y que es objeto de reproche (Fls. 68 a 80), de la totalidad de documentación allegada para ese momento, se logró determinar que el actor presentó como diagnóstico trastorno de adaptación, cefalea postraumática crónica, otros trastornos de la función vestibular y fractura de vértebra lumbar, al sufrir un accidente de trabajo el 7 de octubre de 2012 en el cargo de *Instalador 2* al servicio del empleador *Industrias Tratecnic*, referente a una caída de altura de cerca de 4 cm de “Cabeza 1”, herida de cabeza y dolor cérico lumbar, donde se encontró un aplastamiento de L1.

Las anteriores patologías también se advierten de la historia clínica que fuese emitida en ese entonces por la Clínica Palermo obrante a folios 111 a 118 del expediente.

Ahora bien, el segundo dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que como ya se dijo fue decretado oficiosamente por el fallador de instancia como prueba pericial y que calificó la misma pérdida de capacidad laboral, es decir, 37.36% (Fls. 191



a 197), de su contenido se aprecia que la decisión se basó en las pruebas allegadas en ese expediente administrativo, pero aclarando que en valoración del 1º de agosto de 2018 se solicitó que al aquí demandante le fuera efectuado valoración de neuropsicología, junta de salud mental, junta de angiología por Interconsultormedt – entidad escogida por el actor, valoración ocupacional, perfil del puesto de trabajo en campo comparativo, visita entorno personal social.

Que en tal sentido, las citas fueron coordinadas con la *ARL Sura*, última que informó que el demandante señor *Iván Oswaldo Fonseca Gutiérrez* no asistió a las valoraciones programadas, por lo cual se procedió a analizar que no existían cambios en su estado clínico con relación a lo calificado en el dictamen anterior.

Así las cosas, puede colegirse que el dictamen emanado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fechado el día 23 de noviembre de 2018 goza de plena validez, como quiera que de una parte fue proferido por autoridad competente, y de otra, en este asunto no fue refutado por ninguna de las partes al momento de haberse incorporado al plenario, de ahí, que goce de toda credibilidad en el sentido que el demandante no haya logrado demostrar la existencia de una patología diferente que las determinadas en el dictamen del 8 de julio de 2015 que es objeto de discusión, más aún, si el actor ni siquiera compareció a las citas y demás programaciones para calificar su estado, aspecto que además no demuestra los dichos esbozados por el actor en el supuesto fáctico de la demanda No. 6, encaminados al deterioro de su salud con posterioridad a la calificación del primer dictamen.

Como corolario de lo anterior, se tiene que por activa no se acreditó que en el dictamen impugnado en este plenario, se haya incurrido en error al establecer el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral; *a contrario sensu*, la prueba pericial decretada confirmó el mismo porcentaje, circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.



SIN COSTAS en esta instancia por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **11 2015 00803 01**
Demandante: JUAN DAVID MURILLO CARVAJAL
Demandado: COMPULINE LTDA. y solidariamente contra
GERMÁN SIERRA PORTELA, LAURA
MARCELA ORTIZ SARAZ y MAURICIO
ANDRADE PUYANA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Juan David Murillo Carvajal*, presentó demanda ordinaria en contra de *Compuline Ltda.*, y solidariamente contra sus socios *Germán Sierra Portela*, *Laura Marcela Ortiz Saraz* y *Mauricio Andrade Puyana*, para que se declare que con la empresa existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 24 de abril de 2013 y el 9 de diciembre del mismo año.

En virtud de ello, pretende el pago cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que ingresó a laborar al servicio de los demandados mediante contrato de trabajo verbal desde el 24 de abril de 2013, desempeñando el cargo de ingeniero de desarrollo, con una asignación salarial



mensual de \$4.000.000, actividad que desempeñó en las instalaciones de la empresa demandada.

Que *Compuline Ltda.* le efectuó pago por un mes de salario el 29 de junio de 2013, desempeñando un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:30 p.m. y sábados de 8:30 a.m. a 1:30 p.m.

Por último, enfatizó que la empresa le emitió una certificación que demuestra los extremos de la relación laboral y el salario devengado, y que a partir del mes de mayo de 2013 no se canceló suma alguna como contraprestación de sus labores, por lo que se vio obligado a presentar renuncia el día 9 de diciembre de 2013.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Compuline Ltda.*, contestó la demanda de manera extemporánea, por lo que el Juzgado en proveído del 19 de julio de 2016 tuvo por no contestada la demanda (Fls. 187 a 189).

A su turno, el curador *ad-litem* de los demandados *Germán Sierra Portela, Laura Marcela Ortiz Saraz y Mauricio Andrade Puyana* contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando igualmente no constarle ninguno de los hechos de la demanda. No se formuló ningún medio exceptivo.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 declaró que entre el actor y la empresa *Compuline Ltda.* existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 24 de abril y el 30 de junio de 2013, desempeñando el cargo de Ingeniero de Desarrollo, devengando como remuneración salarial mensual la suma de \$4.000.000.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar expuso que de las pruebas allegadas al plenario, particularmente la certificación del 2 de mayo de 2013 emanada por *Compuline Ltda.*, el actor logró demostrar la prestación personal del servicio, sin que la pasiva haya logrado desvirtuar el elemento subordinante, máxime que si bien la empresa se notificó de manera personal de la demanda, la misma no contestó la demanda, al haber allegado escrito en forma extemporánea, sumado a que no compareció a ninguna de las audiencias que se surtieron en legal forma.



En cuanto a los extremos temporales de la relación laboral y el salario, determinó como inicial la data del 24 de abril de 2013 pues así lo definió la empresa en la certificación enunciada en precedencia de calenda 2 de mayo de 2013, con una remuneración salarial mensual de \$4.000.000, y como extremo final el 30 de junio de dicha anualidad por cuanto así se demostró del caudal probatorio.

Por consiguiente, y al no demostrarse por la pasiva cancelación alguna, la condenó al pago de auxilio de cesantías por valor de \$733.333.33, intereses a las cesantías en la suma de \$16.133.33, prima de servicios en valor de \$733.333.33, compensación de vacaciones en cuantía de \$366.666.67.

No accedió a la pretensión de la sanción por despido indirecto, bajo el entendido que la renuncia presuntamente comunicada a *Compuline Ltda.* de fecha 9 de diciembre de 2013 no cuenta con constancia de recibo, por lo que el demandante no logró demostrar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que la encartada haya recibido dicha renuncia.

En lo que respecta a la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, accedió por considerar que, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales, *Compuline Ltda.* no desvirtuó la mala fe para la exoneración de esta sanción, ordenando el pago intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, calculados desde el 1º de agosto de 2013 hasta tanto se verifique su pago, en atención a que la demanda no se presentó dentro de los veinticuatro meses siguientes al finiquito del despido.

La sanción por la no consignación de las cesantías no fue reconocida, en tanto el demandante prestó los servicios entre el 24 de abril de 2013 y el 30 de junio de esa anualidad, por lo que el pago debió efectuarse directamente al trabajador ya que no excedió el vínculo al 31 de diciembre de 2013.

Igualmente, condenó por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por los extremos de declaratoria de la relación laboral, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, tomando como IBC la suma de \$4.000.000, y declaró la responsabilidad solidaria de los demandados *Germán Sierra Portela, Laura Marcela Ortiz Saraz y Mauricio Andrade Puyana*, en calidad de socios de la empresa *Compuline Ltda.*, absolviendo de las demás pretensiones, sin condenar por aportes en salud y riesgos laborales en razón a que



dentro del plenario no se demostró que el actor hubiese realizado algún pago o gasto por estos conceptos. Por último, ordenó la indexación respecto de la condena de compensación de vacaciones.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión, por encontrar inconformidad respecto de la decisión que gira en torno a la indemnización del despido sin justa causa y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las acreencias laborales.

Enfatizó que, si bien es cierto dentro del plenario obra la carta de renuncia que no goza de recibido por la empresa, atendiendo los postulados jurisprudenciales, para reclamar esta sanción solo basta con que se demuestre que el empleador incurrió en alguna de las omisiones patronales endilgadas, situación que sucedió en el presente asunto.

Frente a la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, sostuvo que dicha condena debe imponerse teniendo en cuenta un día de salario por cada día de retardo hasta el mes veinticuatro, y a partir del mes veinticinco, deberá liquidarse el interés bancario más alto.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, en primer lugar deberá determinarse si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción por despido indirecto que alega el apelante.

En segundo lugar, se determinará si la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria como consecuencia del no pago oportuno de prestaciones



sociales, fue tasada en legal forma conforme lo dispone el artículo 65 del C.S.T, o si es procedente la sanción atendiendo los postulados expuestos en el recurso de alzada.

c. Del caso en concreto:

Previo a resolver los puntos de reproche de la decisión de primer grado, es menester precisar que no fue objeto de discusión que entre la empresa *Compuline Ltda.* y el demandante existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 24 de abril y el 30 de junio de 2013, mediante el cual el actor desempeñó el cargo de Ingeniero de Desarrollo, con una remuneración salarial mensual la suma de \$4.000.000, como tampoco la responsabilidad solidaria de los socios *Germán Sierra Portela, Laura Marcela Ortiz Saraz y Mauricio Andrade Puyana* en los términos del artículo 36 del C.S.T.

Ahora bien, en lo que concierne a la figura del despido indirecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1082-2020, Radicación No. 64090 del 20 de abril de 2020, puntualizó:

“El despido indirecto o auto despido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».

“Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:

“El despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

“Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar



judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (sentencia CSJ SL, del 22 de oct. 1997, rad. 9826)”.

En tal sentido, para la constitución de esta sanción, es menester que el trabajador logre demostrar que comunicó al empleador la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con ocasión a faltas imputables al empleador y previstas en el literal B del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del C.S.T, así como acreditar fehacientemente su ocurrencia.

Puede colegirse entonces que de las documentales allegadas al plenario, no obra prueba fehaciente que advierta que el actor haya comunicado al empleador la decisión de finiquitar el contrato de trabajo y la causal imputable al patrono, pues a pesar de que a folios 15 a 16 yace una carta presuntamente entregada a la pasiva, en la que se advierte la terminación del contrato de trabajo por motivos de incumplimiento en el pago de sus prestaciones sociales, la misma no contiene constancia de recibido por *Compuline Ltda.*, ni se acreditó por ningún otro medio probatorio que haya sido recibida por la empleadora.

Por tal razón, en atención a los postulados jurisprudenciales se puede concluir, y sin más consideraciones, que el actor al no logró probar un hilo conductor entre la terminación del contrato y su manifestación de darlo por terminado por causas imputables al empleador, motivo por el cual no es dable emitir condena por concepto de despido indirecto, pues resulta palmario que la prosperidad de esta pretensión es carga probatoria del demandante, que como ya se dijo, no logró acreditar, por lo que se confirmará la absolución en este aspecto.

Frente a la pretensión de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T encuentra el apelante inconformidad en el hecho que el *a-quo* no tasó la condena con base en un día de salario por cada día de retardo hasta el mes veinticuatro, y a partir del mes veinticinco, el interés bancario más alto.

Sobre el particular, el artículo 65 del C.S.T, en su numeral 1º dispone:

“ARTICULO 65. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO.



1. *Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.*

“Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

“[...]”

“PARÁGRAFO 2º. Lo dispuesto en el inciso 1º de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

La precitada norma es certera en indicar, que el pago por esta indemnización, inicialmente se cancela en una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro meses, o hasta cuando el pago se verifique.

El segundo condicionamiento de la norma, regula que si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de la terminación del vínculo contractual, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de libre asignación por la Superintendencia Financiera.

De lo anterior, puede concluirse que le asiste razón al fallador de primer grado en tasar la condena en el pago de intereses moratorios, toda vez que la demanda no fue presentada dentro del término de los veinticuatro meses una vez culminado el contrato de trabajo, máxime que su remuneración mensual supera el SMLMV.

Nótese que como se dispuso en sede de primer grado y que no fue objeto de reproche por las partes, el extremo final de la relación laboral sucedió el 30 de junio de 2013, y al haberse presentado la demanda el 11 de septiembre de 2015 como se aprecia del acta individual de reparto (Fl. 146), transcurrió más de veinticuatro meses; circunstancia por la cual, resulta impróspero este reproche en la alzada.

Deja la Sala de precedente, que el Juez primigenio tasó esta indemnización a partir del 1º de agosto de 2013 y en adelante, aspecto erróneo como quiera que al haberse culminado el contrato de trabajo el 30 de junio de 2013, lo acertado era que la



condena se impartiera a partir del 1º de julio de esa anualidad; sin embargo, debido a que lo narrado no fue objeto de reproche por las partes, la Sala mantendrá incólume el extremo inicial determinado por el fallador de primer grado para esta indemnización.

Por todo lo anterior, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

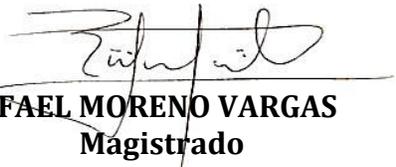
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **38201600497 01**
Demandante: LAURA FERNANDA FIGUEROA BELLO
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 18 de junio del 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Labora del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Laura Fernanda Figueroa Bello*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Activos S.A., Colombiana de Temporales Sociedad Anónima Coltempora S.A.*, y la *Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones*, a efectos de que se declare que entre la demandante y *Colpensiones* existió un contrato de trabajo del 7 de octubre del 2013 al 14 de marzo del 2015, el cual finalizó sin justa causa, fungiendo *Activos S.A* y *Coltempora S.A* como mera intermediaria.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a las demandadas al pago de la indemnización por despido injusto, el pago de las diferencias salariales y prestacionales en comparación con el personal de planta de *Colpensiones*, la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, las bonificaciones extralegales, la indexación de las sumas adeudadas, los perjuicios morales, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Relata como sustento de sus pretensiones que desde el 7 de octubre del 2013 prestó sus servicios para *Colpensiones* como trabajadora en misión de la empresa



Activos S.A., que fue vinculada como Profesional II cuyo cargo equivalente en *Colpensiones* es el de Profesional Senior II; a partir del 26 de junio del 2014 se desempeñó como trabajador en misión de *Coltempora*, desarrollando como función principal la sustanciación de Actos Administrativos del régimen de prima media con prestación definida, en los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que en el año 2014 se desempeñó en el turno de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. y en el año 2015 en el turno de 6:00 a.m. a 2:00 p.m.; que la Gerencia de Talento Humano de *Colpensiones* solicitó el 19 de febrero de 2015 a la Vicepresidencia de Talento Humano la finalización del contrato de trabajo de la demandante y el 14 de marzo del 2015 se le informó sobre la finalización de la relación laboral.

Igualmente, aduce que a la fecha aún continúa en *Colpensiones* la obra o labor contratada, que el 6 de julio del 2012 *Colpensiones* depositó ante el Ministerio de Trabajo el pacto colectivo cuya vigencia es del 14 de junio del 2012 al 13 de junio del 2017 y que el 21 de mayo del 2015 elevó reclamación administrativa ante *Colpensiones*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que las circunstancias de hecho y derecho, aducidas por la parte actora no se adujeron como aparecen en aquella y carecen de sustento fáctico y legal.

Formuló las excepciones de legitimación en la causa por pasiva, cumplimiento de las ordenes de la Corte Constitucional y prevalencia del interés general sobre el particular, de las diferencias salariales y prescripción.

Activos S.A. se opuso a las pretensiones aduciendo que celebró dos contratos de obra o labor con la demandante con fundamento en lo dispuesto en la Ley 50 de 1990, cuyos extremos temporales fueron del 7 de octubre del 2013 al 20 de enero del 2014 y del 21 de enero del 2014 al 25 de junio del 2014.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, compensación y pago, buena fe, mala fe de la demandante, y la denominada genérica.



Seguidamente *Coltempora S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la libelista fue vinculada mediante dos contratos de trabajo, totalmente autónomos, independientes y ajenas a cualquier otra.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de despido-terminación del contrato conforme a los presupuestos objetivos y legales señalados en el artículo 61 del C.S.T., cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal, prescripción de derechos, compensación, junto con la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de junio de 2019, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, relevándose del estudio de los medios exceptivos y condenando en costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión manifestó que en el expediente obraban los contratos de prestación de servicios existentes entre *Colpensiones, Activos S.A y Coltempora*, los cuales estuvieron sujetos a varias prorrogas.

Así mismo, corrobora el Despacho que la demandante suscribió dos contratos de obra o labor suscritos por la demandante con las empresas con *Activos S.A y Coltempora*, sin embargo, analizados los mismos, corrobora el *a-quo* que las 4 vinculaciones laborales, conforme al artículo 77 de la ley 50 de 1990, fueron suscritos por un término de 6 meses prorrogables por 6 meses, por tanto, las vinculaciones resultan concordantes a lo indicado en la precitada norma.

Siendo ello así, para el fallador de primera instancia, no se configuró un contrato de trabajo con *Colpensiones*.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la demandante presenta recurso de apelación en la que en suma indica que se realizó una interpretación errada de la norma puesto que primero se está buscando que a través de la figura del contrato realidad se estudien cuáles fueron las relaciones jurídicas que existieron entre



Colpensiones y las empresas de servicios temporales; si bien el juzgado determina que en el párrafo existe una prohibición frente a las empresas de celebrar por 6 meses prorrogables por 6 meses más, obvio que al final dice que es con las empresas de servicios temporales, más no con el trabajador.

Así las cosas, se evidencia que dentro de las relaciones jurídicas que se ponen de presente frente al Juzgado de primera instancia, se debe analizar primero la relación de las empresas de servicios temporales con *Colpensiones* y acto seguido, la relación que existió entre la señora *Laura Fernanda Figueroa* y las empresas de servicios temporales, pues se pasó por alto que se celebraron más de ocho licitaciones por parte de *Colpensiones* con el mismo objeto y como bien se reconoció en la sentencia de primera instancia, los objetos contractuales tanto de la relación laboral, como de la relación comercial son ambiguos y en ningún momento determinan cuál es la obra o labor para la cual se va a contratar, y si se evalúa la relación laboral a la luz del párrafo, es evidente que también se violó porque duró 15 meses prestando servicios

Que las órdenes de la Corte Constitucional en el presente caso estaban regidas hacia el atraso estructural del ISS, sin que en los autos establezcan la manera de vinculación de personal; por otra parte, que si bien no se estudió por parte del juzgador de instancia, el despido sin justa causa, es importante resaltar que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente y sin justa causa por las demandadas, pues la obra o labor no había terminado, ni la relación comercial se había término, por ende, a la luz del artículo 45, debe ser objeto de sanción.

Indica que en casos similares al presente se han acogido las pretensiones y se debe de igual manera acceder a la nivelación salarial.

V.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico



Atendiendo el presente asunto y por cuestiones metodológicas con ocasión a los argumentos expuestos en la alzada es del resorte de la Sala dilucidar si la celebración de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre *Colpensiones* y las empresas de servicios temporales *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.* para efectos de la contratación del personal en misión, son legalmente permitidos atendiendo los preceptos de la Ley 50 de 1990, o si, en su defecto, dicha contratación no es ilícita y por ende, la demandante es una trabajadora de planta de *Colpensiones* conforme se arguyó en la demanda y en el recurso de alzada.

De prosperar el problema jurídico anterior, la Sala procederá a analizar si es procedente la reliquidación de acreencias laborales, nivelación salarial, la terminación del despido sin justa causa en su favor y la solidaridad entre la entidad y las Empresas de Servicios Temporales.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que, dentro del presente asunto, no es objeto de reproche que entre *Colpensiones* y las empresas de servicios temporales se suscribieron distintos contratos de trabajo para el suministro de personal (Fls 97 a 261, 438 a 575 y 638 a 680).

Los anteriores contratos celebrados por la entidad en distintas fechas para con *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.*, fue con el fin de suministrar personal en misión, donde en términos generales el objeto de todos era el siguiente:

“Suministrar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, trabajadores en misión en el número, con las calidades y los requerimientos específicos exigidos con la misma, para entender el alto volumen de la demanda del servicio y de operaciones en la Administración del Régimen de Prima Media y labores ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazar personal en vacaciones, en licencia por solicitud propia, incapacidad por enfermedad o licencia de maternidad, en jornada de tiempo completo, por turnos de ser necesario y de manera exclusiva, en las dependencias de COLPENSIONES.”

Tampoco fue objeto de reproche, los contratos de trabajo que la demandante tuvo con las empresas de servicios temporales *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.* de la siguiente manera:



- 1) Desde el 7 de octubre de 2013 hasta el 20 de enero de 2014, al servicio de *Activos S.A.*
- 2) Desde el 26 de junio de 2014 hasta el 10 de diciembre de 2014, al servicio de *Coltempora S.A.*
- 3) Desde el 26 de junio de 2014 hasta el 10 de diciembre de 2014, al servicio de *Coltempora S.A.*
- 4) Desde el 11 de diciembre del 2014 al 14 de marzo del 2015, al servicio de *Coltempora S.A.*

Con lo anterior, se establece que la actora fue trabajadora en misión para *Colpensiones* a través de 2 empresas de servicios temporales como lo fueron *Coltempora S.A.* y *Activos S.A.*, con diferentes contratos de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada; por lo que procede la Sala a determinar si es procedente, tal como lo pide la recurrente, tener como verdadera empleadora a *Colpensiones*, quien fungió como empresa usuaria dentro de la relación jurídica subsistente con las mencionadas empresas de servicios temporales, entre el lapso y por los periodos que determinó el Juez de instancia.

Puestas así las cosas, en lo que tiene que ver con las empresas de servicios temporales, con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, de una parte, que las mismas pueden contratar con terceros para colaborar en forma temporal con el desarrollo de sus actividades, y de otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales: **1)** la tradicional del artículo 6º del C.S.T, esta es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; **2)** para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y **3)** para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

A su vez, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas que contratan servicios con terceros que son beneficiarios, de una labor prestada por personas naturales contratadas en forma directa. El artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas empresas que contratan servicios con terceros, para



ser beneficiarias de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por la Empresa de Servicios Temporales.

En relación con este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con Radicación No. 25717 del 22 de febrero de 2006, SL5696-2014, Radicación No. 41777 del 7 de mayo de 2014, y recientemente en las sentencias SL960 de 2020, Radicación No. 77376 del 18 de marzo de 2020 y SL66-2020, Radicación No. 66300 del 10 de marzo de 2020, analizó que frente a los eventos de contratación fraudulenta, y en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad, y por tal motivo, se debe tener como verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación.

De cara a lo indicado, es patente que los contratos de trabajo suscritos por la demandante con las empresas temporales *Activos S.A* y *Coltempora*, se ciñen a los parámetros legales trazados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, lo anterior, en primera medida porque se encuentra acreditado que la contratación efectuada por *Colpensiones* con las EST fue con ocasión al aumento en la producción, tal y como se indica en el clausulado contractual, así:

*“PRIMERA: OBJETO: Suministrar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES trabajadores en misión en el número, con las calidades y los requerimientos específicos exigidos por la misma, **para atender el alto volumen de la demanda del servicio y de operaciones en la Administración del Régimen de Prima Media** y labores ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazar personal en vacaciones, en licencia o por solicitud propia” (Negrillas fuera de texto)*

Aunado a ello, se logró verificar que los extremos temporales de las relaciones laborales, sostenidas por la libelista con las EST, no superaron el plazo de los 6 meses prorrogables por 6 meses más a que alude el artículo 77 de la ley 50 de 1990.

Igualmente, en virtud del plazo concedido por la Corte Constitucional a dicha entidad para resolver las solicitudes pendientes, conforme los Autos 110 de 2013 y 113 de 2014, pues dado su alto volumen y su falta de atención oportuna, se presentó una situación de masiva violación iusfundamental de los derechos de los



usuarios. Lo cual, lo único que evidencia es la existencia clara de un alto volumen de trabajo dentro de la entidad y la necesidad de atenderlo, mediante un mayor número de personal, por lo menos durante el tiempo concedido por la Corte para atender los requerimientos.

De cara a lo indicado es patente que las vinculaciones existentes entre la demandante y las EST, se encuentran ajustadas a derecho, por manera que no hay lugar a declarar la existencia de un vínculo laboral directo con *Colpensiones* como lo pretende la parte recurrente, lo que de suma implica que deberá ser confirmado en su integridad el fallo objeto de apelación.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 33 201600133 02
Demandante: FREDY OSWALDO PEREZ REY
Demandado: ECOPETROL S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional la sentencia proferida el 29 de agosto del 2019 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en favor de la parte demandante.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Fredy Oswaldo Pérez Rey* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Ecopetrol S.A* a efectos que se deje sin efectos el despido injusto e ilegal, por haber violado el trámite convencional contemplado en el artículo 86 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre *Ecopetrol S.A* y la USO, al no haberse configurado falta disciplinaria o violación por parte del trabajador de las obligaciones laborales contractuales especiales; en consecuencia, se condene a la demandada a reintegrar al demandante al mismo cargo y funciones que venía desempeñando en la pasiva, con el correspondiente pago de salarios y prestaciones sociales convencionales dejados de percibir desde el 8 de julio del 2014; al pago de la indexación por los salarios y prestaciones extralegales convencionales con sus aumentos y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la pasiva desde el 8 de agosto de 1989; prestó sus servicios hasta el 7 junio de 2014, cuando le fue terminado su contrato de trabajo sin justas causas legales y de manera unilateral; que desempeñó el cargo de Supervisor I de Procesos de



Producción; es socio de la USO y beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo vigente; que fue despedido el 7 de julio del 2014, aduciendo la demandada que el actor fue sancionado por el Juez Primero Penal de Circuito de Villavicencio con pena accesoria de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por espacio de 24 meses; que le fue adelantada una investigación disciplinaria conforme el Código Disciplinario Único; por su buena conducta solicitó la aplicación de un subrogado penal de la condena principal y accesoria acorde con el artículo 63 del Código Penal; que es padre de familia y padece de una pérdida de capacidad laboral del 75%.

Asimismo, refiere que agotó el trámite previo de reclamación administrativa, que la USO presentó pliego de peticiones ante *Ecopetrol S.A* el 29 de mayo del 2014, por tanto, el demandante se encontraba amparado con el fuero circunstancial para la data del despido; finalmente, que el Comité de Reclamos decidió en Acta del 013 del 1º septiembre del 2014 no estudiar la reclamación del actor, por lo que interpuso recurso de reposición.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Ecopetrol S.A en su escrito de contestación aceptó el vínculo laboral, oponiéndose a las pretensiones aduciendo que la relación laboral no finalizó de forma ilegal e injusta, sino que obedeció al cumplimiento de la decisión judicial impartida por el Juez Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Villavicencio, mediante el cual, se condenó al demandante a una pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Proponen como medios exceptivos previos los que denominó falta de jurisdicción y competencia por no agotar la reclamación administrativa como requisitos de procedibilidad de la demanda, prescripción y falta de competencia. Asimismo, plateó como de fondo los de falta de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 29 de agosto del 2019, decidió absolver a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a la parte demandante.



Como sustento de su decisión adujo que teniendo en cuenta la sentencia de constitucionalidad de la Ley 1118 del 2006, se estudia el cambio de la naturaleza jurídica de *Ecopetrol S.A* y se advierte la necesidad de crear un tipo de contratación para facilitarla en el sector privado, en síntesis se refleja que a los anteriores empleados públicos se les dio la calidad de trabajadores oficiales e igualmente, se indica en la parte motiva que se mantiene la regla general que son trabajadores oficiales.

De otro lado la Ley 190 de 1995, consagra como acto sobreviviente las inhabilidades o incompatibilidades, precisando que el servidor debe ponerlo en conocimiento a la entidad lo más pronto posible y que hay lugar a su retiro inmediato. Por otra parte, la Ley 734 del 2002 en su artículo 37, consagra lo atinente a las causales de inhabilidad sobrevinientes y el artículo 38 indica que lo será a partir del momento en que la sentencia quede en firme.

Que en el presente caso obra la sanción impuesta por la jurisdicción penal, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio, en la cual fue sancionado con pena accesoria de inhabilidad por lo que el demandante quedó inhabilitado para ejercer funciones públicas por el término de 24 meses, a partir del 15 de mayo del 2017; como consecuencia se da por terminado el contrato de trabajo, conforme se evidencia a folio 17 del plenario.

Que conforme lo indicado por el Consejo de Estado, a los trabajadores oficiales de *Ecopetrol S.A* les resulta aplicable el régimen disciplinario, e igualmente que es obligación del funcionario dar aviso de la sanción y que esta da lugar a la terminación inmediata del contrato de trabajo. Conforme lo enunciado advierte el *a-quo* que se encuentra acreditada la justa causa de despido con fundamento en la sanción impuesta al demandante por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio.

En cuanto al fuero circunstancial aduce que, si bien se encuentra acreditada la existencia de un conflicto colectivo, el mismo había finalizado antes de la terminación del contrato del demandante, con la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo, por ende, no se predica la garantía foral acorde con lo dispuesto en el artículo 435 del C.S.T.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Teniendo en cuenta que no se interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. De la reclamación administrativa:

Atendiendo a la naturaleza jurídica de *Ecopetrol S.A.*, que conforme lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1118 de 2006, es una Sociedad de Economía Mixta que se ubica dentro de la Rama Ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios, por tanto, tiene la calidad de entidad pública; resultaba imperioso para la demandante agotar la obligación consistente en la reclamación administrativa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del C.P.T y de la S.S.

Presupuesto jurídico satisfecho mediante misiva remitida a la encartada el 18 de julio del 2018, obrante a folios 242 a 248.

c. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico si el despido del trabajador fue sin justa causa. En caso afirmativo, determinar si hay lugar al reintegro por gozar de fuero circunstancial a la data de terminación de la relación laboral.

d. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre las partes existió una relación laboral que se extendió del 8 de agosto de 1989 al 7 de junio del 2014, en tanto la encartada aceptó los referidos supuestos facticos, a más de encontrar sustento probatorio de la misiva de folio 605.



Ahora bien, se tiene sentado por la jurisprudencia desde antaño que, tratándose de la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, atendiendo el principio general de la prueba, al trabajador le basta con acreditar el hecho del despido y al empleador la existencia de la causa y su justeza.

e. Del Despido

En el *sub-lite* reposa en el plenario la carta de terminación del contrato de trabajo del demandante del 7 de julio de 2014, en la cual se constata que *Ecopetrol S.A* decide dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo del libelista, en virtud del fallo emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Villavicencio, mediante el cual se le impone al demandante como pena accesoria la Inhabilidad para Ejercer Derechos y Funciones Públicas por el término de 24 meses, con fecha de efectos jurídicos a partir del 15 de mayo del 2013 (Fl 17).

Igualmente, vale la pena indicar que la sentencia que contempla la mentada sanción penal fue debidamente aportada al plenario y reposa a folios 777 a 778, junto con el certificado de antecedentes disciplinarios de la procuraduría que dan cuenta de la imposición de la sanción (Fl 779), documentales con las cuales se constata que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio mediante sentencia del 15 de mayo del 2013, en virtud de la conducta punible denominada Violencia contra Servidor Público, impuso al demandante la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, esto es, 24 meses.

Así mismo, corrobora esta Corporación que el libelista en el interrogatorio de parte surtido en el curso del proceso, admitió que le fue impuesta la sanción y que no se la comunicó a *Ecopetrol S.A*, por una mala asesoría de su abogado.

Ahora bien, reprocha el libelista que tal sanción no comporta una justa causa de despido como quiera que a su juicio no ejerce funciones públicas, en tanto aduce que los servidores públicos de una sociedad de derecho privado como *Ecopetrol S.A* no son empleados públicos ni trabajadores oficiales.

Reproche jurídico que adolece de soporte jurídico, pues se itera conforme lo dispuesto en la ley 1118 del 2006 *Ecopetrol* es una sociedad de Economía Mixta y, por lo tanto, al tenor de lo reglado en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 por regla general sus



empleados ostentan la calidad de Trabajadores Oficiales, lo que a la postre comporta que son Servidores Públicos.

Sobre el particular, recuerda la Sala que el artículo 123 de la Constitución Política, pregoná que son servidores públicos quienes están al servicio del Estado y la comunidad, clasificándolos en: los miembros de las corporaciones, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, como de tiempo atrás lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia nacional.

No implica lo precedente que la Sala desconozca lo enunciado por el artículo 7° de la Ley 1118 del 2006, en cuanto estableció que una vez cambió la naturaleza jurídica de *Ecopetrol S.A* la totalidad de sus servidores tendrían la calidad de particulares y por ende, se les continuaría aplicando la disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1997; sino que comparte el criterio expresado por la H. Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de la mentada norma en la sentencia C- 722 del 2007, oportunidad en la cual precisó que tal disposición normativa se limita a indicar el régimen laboral que les es aplicable, pero no les resta su calidad de Servidores Públicos, además de reconocer su calidad de trabajadores oficiales, así:

*“Si se toma el texto integral de la disposición contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, se pone en evidencia cómo, de lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los servidores de Ecopetrol S.A. y, para tal efecto, **se empieza por ratificar su condición de servidores públicos**, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos. Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos - para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores - resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política.*

“De otra parte, hay que tener en cuenta que todas las personas vinculadas a la entidad son trabajadores oficiales, con excepción del Presidente y el jefe de la oficina de control interno, quienes son empleados públicos de libre nombramiento y remoción (artículo 35). Esta circunstancia implica que, en el caso del Presidente y del jefe de la oficina de control interno, dada su condición de empleados públicos, no pueden negociar las cláusulas económicas de su



vinculación a la administración, ni sus prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente por virtud de conflicto colectivo, de negociación o de huelga. Las connotaciones particulares derivadas de la condición jurídica de empleados públicos propia del Presidente y del jefe de control interno de Ecopetrol S.A., si bien no pueden constituir un límite para el ejercicio de la potestad de configuración que en esta materia compete al legislador, han de ser tenidas en cuenta sin embargo para efectos del reconocimiento de sus derechos adquiridos.”

Luego, la sanción para ejercer Funciones Públicas que le fuera impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio, en efecto le impedía continuar en el cargo desempeñado como Trabajador Oficial de *Ecopetrol S.A* y por ser una inhabilidad sobreviniente al tenor de lo reglado en el artículo 37 de la Ley 734 del 2002, la misma debió ser puesta de presente ante el superior del demandante a efectos de que se procediera a su aplicación, como de forma acertada lo adujo el *a-quo*.

En tal medida, es patente que conforme lo manifestó el fallador de primera instancia, aun cuando en efecto no se configura ninguna de las justas causas de despido previstas en el artículo 62 del C.S.T, lo cierto es que la sanción penal impuesta al demandante dio lugar a la terminación legal del contrato en virtud de lo reglado en el literal g) del artículo 61 del C.S.T, en virtud del cual el contrato del trabajador termina por sentencia ejecutoriada, lo que en suma implica que no hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto anhelada. Máxime si se tiene en cuenta que la decisión adoptada por la pasiva no acaeció por un mero capricho, sino en aras de acatar una decisión judicial y dar cumplimiento a nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, debe indicar la Sala que la anterior decisión de terminar el contrato legal del demandante conforme lo reglado al o dispuesto en el artículo 61 del C.S.T, resulta ajena al trámite disciplinario que le fuere adelantado al demandante por la empresa hoy convocada a juicio (Fls 43-107), por no haber comunicado a la misma sobre la sanción que le fuere impuesta, en tanto *Ecopetrol S.A* tuvo conocimiento de tal circunstancia por un informe remitido por la Procuraduría General de la Nación, o las sanciones disciplinarias generadas con ocasión a ello, por tanto, mal puede alegarse la violación del trámite disciplinario previsto en la Convención Colectiva de Trabajo respecto de la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo por la causa legal ya explicitada, ni mucho menos la aplicación del artículo 121 de la Convención Colectiva de trabajo, en tanto se alega que su aplicación se da por la terminación injusta del contrato, situación que se itera no se presenta en el *sub-lite*, como en efecto se indicó en primera instancia.



f. Del Fuero Circunstancial

Ahora bien, referente al amparo del fuero circunstancial, se tiene establecido por el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que:

*“Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos **sin justa causa comprobada**, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”*

A su vez el artículo 36 del Decreto 1469 de 1978, precisa que:

“La protección a que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.”

En el *sub-examine* se encuentra acreditado que el demandante se encontraba afiliado a la organización sindical Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo – USO (Fl 39); la que aduce el libelista se encontraba incurso en un conflicto colectivo para la data de finalización de su contrato de trabajo. Afirmación que carece de fundamento probatorio, por cuanto el libelista no aportó al plenario la constancia de presentación del pliego de peticiones la cual impide que se determine a partir de cuando inició el conflicto, así las cosas aunque en efecto obra copia de la constancia de depósito de la Convención Colectiva suscrita entre la USO y *Ecopetrol S.A* del 12 de septiembre del 2014, no hay forma de establecer si para la data del despido, esto es el 7 de junio del 2014, el mentado conflicto ya había iniciado. Carga probatoria que le incumbe a la parte promotora del presente litigio, conforme lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S.

De otra parte, se pone de presente que tampoco existe evidencia que la fecha de suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo haya sido previa a la terminación del contrato de trabajo, como lo aduce el fallador de primera instancia, pues de hecho el Acta Final de Arreglo Directo data del 22 de agosto del 2014 y obra a folios 768 a 774.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Luego, no hay lugar a la declaratoria del fuero circunstancial alegado por la parte actora, pero con fundamento en los argumentos aquí expuestos.

Dimana de lo indicado, la inequívoca conformación de la sentencia emitida en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuando el presente proceso fue analizado en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

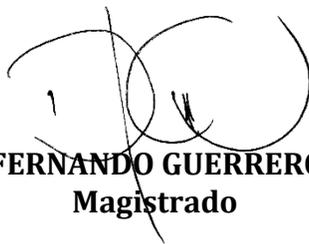
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuando el presente proceso fue analizado en el grado jurisdiccional de consulta.

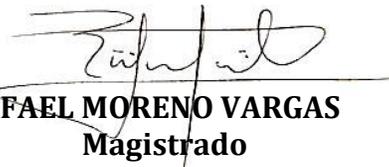
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 38 2016 00250 01
Demandante: FERNANDO PÉREZ FLÓREZ
Demandado: ANA MERCEDES DELGADILLO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Fernando Pérez Flórez*, presentó demanda ordinaria en contra de la señora *Ana Mercedes Delgadillo*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó por injusta causa imputable al empleador.

Por ello, solicita el pago de días festivos por los años 2012, 2013, 2014 y 2015, subsidio de transporte por los años 2012, 2013, 2014 y 2015, sanción por la no consignación de las cesantías de los años 2012, 2013, 2014, cesantías e intereses de las mismas del año 2015, compensación de vacaciones y prima de servicios del año 2015, sanción por despido indirecto y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que el 28 de diciembre de 2011 ingresó a trabajar en la fábrica de arepas de la demandada, siendo el extremo final de labores el 30 de julio de 2015; que se vinculó a través de un contrato verbal de trabajo a término indefinido, cuyas labores eran las de vendedor, conseguir



clientes, incrementar ventas, manejar el vehículo de propiedad de la demandada, entre otras, y tuvo como retribución salarial un S.M.L.M.V.

Que siempre estuvo subordinado por la demandada, con un horario de trabajo de lunes a sábados y días festivos, no obstante, suscribió un contrato de prestación de servicios con la pasiva a partir del 1º de octubre de 2012, cuyo objeto era el de desempeñar los servicios de vendedor de bodega, adicionalmente a que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud le fue efectuada a través de una empresa denominada *Vission S.A.S.*, pero siempre era la demandada quien pagaba sus acreencias.

Precisó que, en el mes de marzo de 2015, se le ordenó una cirugía por una hernia inguinal izquierda y en adelante tuvo que continuar con permiso a efectos de preservar su salud, y derivado de esto, en el mes de julio recibió memorandos por la empresa *Vission S.A.S.* como consecuencia de sus ausentismos, e incluso estuvo incapacitado.

Que, tras reintegrarse de la incapacidad, le fue entregado un memorando de calenda 29 de julio de 2015, en el que se le indicó que se desempeñaría como operario por recomendaciones médicas, lo que condujo a que el 30 de julio de 2015, presentara renuncia, por cuanto el cargo que le había sido asignado era perjudicial para su afectación en salud, sumado a que en algunas ocasiones no se le pagaron sus acreencias laborales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada señora *Ana Mercedes Delgadillo*, contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que entre las partes lo que se suscribió fue un contrato de prestación de servicios, mediante el cual el actor desempeñó la labor de vendedor, sin que estuviera subordinado a un horario de trabajo, pues disponía de su tiempo para desempeñar las actividades.

Que el actor se afilió al Sistema Integral de Seguridad Social por intermedio de la empresa *Vission S.A.S.*, y ello obedeció a una mala asesoría que la referida empresa le brindó, así como que el contrato pactado se liquidó año tras año.



Puntualizó que el auxilio de transporte no le fue reconocido por cuanto residía a menos de tres cuadras de su lugar de trabajo. En lo que concierne al estado de salud del señor *Fernando Pérez Flórez*, adujo no constarle.

Formuló las excepciones denominadas mala fe y temeridad del demandante, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción del derecho, compensación, inexistencia del contrato de trabajo, y la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante a favor del demandante al pago de días festivos laborados, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, indemnización moratoria por el no pago oportuno de salario y prestaciones sociales, e indexación.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que con fundamento en la presunción de ciertos que recayó sobre los hechos ante la inasistencia de la demanda a la diligencia de interrogatorio de parte, se acreditó dentro del informativo que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 28 de diciembre de 2011 hasta el 30 de julio de 2015, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de Agente Vendedor, con una asignación salarial mensual correspondiente al S.M.L.M.V. para cada anualidad.

Lo anterior, por cuanto no militó prueba alguna con base en la cual se pudiese evidenciar que dicha presunción se haya desvirtuado. Además, destacó que, si bien obra en el plenario un contrato de prestación de servicios suscrito por las partes, la realidad no obedece a las vinculaciones propias de los contratistas independientes, si se tiene en cuenta los postulados del artículo 98 del C.S.T.

De otra parte, señaló que obraba un formulario de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante el cual se registró al demandante como trabajador dependiente vendedor desde el 17 de octubre de 2012 al servicio de *Vission Soluciones Integrales*, sin embargo, de lo reseñado en la contestación de la demanda de la pasiva, se logró acreditar que dicha afiliación fue un mecanismo por el que se pretendió cumplir con las obligaciones laborales que tenía la



demandada respecto de su trabajador, a través de un tercero como consecuencia de un mal asesoramiento que se había verificado, lo que denotó que el demandante no trabajó en virtud de un contrato de trabajo para *Vision Soluciones Integrales*, pues para lo que se empleó esta empresa fue para regular el aspecto alusivo a las afiliaciones al sistema de seguridad social, y prácticamente a operar como un simple intermediario en el marco de esa vinculación contractual que se acredita en el expediente existió entre el actor y la demandada, misma situación que ocurre con otras pruebas como lo fueron los formularios de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones y en salud.

Seguidamente, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, por cuanto la demanda se presentó el 27 de abril de 2016 y el finiquito fue el 30 de julio de 2015, disponiendo que las acreencias laborales anteriores al 27 de abril de 2013 se vieron afectadas del término prescriptivo.

Por ende, se pronunció de las condenas. De los recargos por trabajo suplementario en días de descanso obligatorio, particularmente en los festivos laborados en los años 2012, 2013 y 2014, condenó por un valor de \$475.079; auxilio de transporte \$2.206.850 por los meses de abril de 2013 y julio de 2015; cesantías del año 2015 en la suma de \$419.040; intereses a las cesantías del año 2015 por valor de \$50.285, sanción por la no consignación de las cesantías del año 2013 en la suma de \$10.639.403; compensación de vacaciones del año 2015 en \$187.935 y prima de servicios del año 2015 por valor de \$419.040.

No condenó con ocasión a la sanción por despido indirecto, por cuanto se probó que el actor emitió una comunicación a la pasiva donde renunciaba con ocasión a motivos personales y de salud, sin aducir en dicha comunicación ninguna de las justas causas establecidas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Imputó el pago por la sanción de que trata el artículo 65 del C.S.T., al considerar que no milita prueba alguna que demostrara que la demandada hubiese actuado dentro de la órbita de la buena fe, procediendo con una condena de \$21.478 diarios, a partir del 1º de agosto de 2015 y hasta cuando se produzca el pago de las acreencias salariales y prestacionales, atendiendo que la última asignación salarial del actor ascendió al equivalente a un S.M.L.M.V.



Por último, ordenó la indexación sobre las condenas de auxilio de transporte, vacaciones e intereses a las cesantías.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte *demandada* la apeló. Encontró inconformidad en la condena por la no consignación de las cesantías, argumentando que esta indemnización no opera automáticamente, en tanto debe hacerse un análisis de la buena o mala fe con la que actúa el empleador, por lo que dentro del plenario se aprecian las planillas con las que se prueba el pago de las cesantías, las cuales a su vez advierten la buena fe con la que se actuó y, por consiguiente, es procedente la absolución por esta condena.

Frente a la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T. también se opuso, indicando que la forma en que se condenó no es acorde a lo regulado en dicha normativa, puesto que en la decisión quedó consignado que la condena sería de \$21.478 diarios a partir del 1º de agosto de 2015 y en forma indefinida, sin tenerse en cuenta que a partir del mes veinticinco correrían intereses moratorios a la tasa más alta designados por la Superintendencia Financiera.

También encontró inconformidad con la condena por concepto de auxilio de transporte, por cuanto motiva que existió una temeridad del accionante al haber aportado la dirección de la profesional del derecho que la representó, pero no la suya, aspecto que también considera como de mala fe.

IV.- CONSIDERACIONES

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, en primer lugar, la Sala deberá determinar si es



procedente el reconocimiento y pago de la sanción por la no consignación de las cesantías contenido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En segundo lugar, se deberá examinar si la condena impuesta por el fallador de instancia respecto de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T. debe tasarse conforme a los argumentos señalados en el recurso de alzada, o si, por el contrario, esta fue impuesta en legal forma.

Por último, se analizará si prospera la condena por concepto de auxilio de transporte.

c. Del caso en concreto:

Es necesario dejar de presente, que dentro del presente asunto no se encuentra en discusión que entre las partes operó un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 2011 y el 30 de julio de 2015, mediante el cual el actor desempeñó el cargo de Agente Vendedor, con una asignación salarial mensual correspondiente al S.M.L.M.V. para cada anualidad.

Tampoco se refutó la declaratoria de prescriptibilidad parcial aplicada en primera instancia, y que se determinó con ocasión a que al haberse terminado la relación laboral el 30 de julio de 2015, y haberse presentado la demanda el 27 de abril de 2016 (Fl. 37), la prescripción operaba para todos los derechos con anterioridad al 27 de abril de 2013.

Sintetizado este aspecto, procede la Sala a abordar el primer planteamiento jurídico, esto es, el que gira en torno a la sanción por la no consignación de las cesantías. Como lo tiene establecido la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de esta sanción no se aplica de manera automática, sino que depende de la conducta justificativa del empleador referente a la buena o mala fe con la que actuara, tal como se precisara entre otras en sentencias Rad. 23657 del 29 septiembre 2005; SL10632-2014, Radicación 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No. 43621 del 3 de junio de 2015, y SL- 2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018.



El apelante argumenta su inconformidad en el hecho que dentro del plenario obran las planillas que demuestran el pago de las cesantías, y en consecuencia, es clara la buena fe que la revisten para la inoperancia de esta sanción.

Al respecto, vale entonces la pena precisar que el argumento del *a-quo* para imponer esta sanción por la falta de consignación de cesantías del año 2013, se basó en que, a pesar de haber realizado la demandada pago por las cesantías, estas le fueron canceladas directamente al actor, lo que contraría la esencia normativa de no haberse consignado en el correspondiente fondo.

Nótese que a pesar de haberse declarado el contrato de trabajo y por consiguiente el pago de algunas pretensiones como consecuencia del incumplimiento de ciertas acreencias laborales a que tenía derecho el demandante, dentro del plenario se aprecian liquidaciones anuales que suscribieron las partes para los años 2012, 2013 y 2014 (Fls. 58 a 61), y en la liquidación del referido año 2013, que fue suscrita por el demandante el 28 de diciembre de 2013, se aprecia que se le canceló por concepto de cesantías la suma de \$612.000 teniendo en cuenta 358 días, y sobre el salario mínimo que se devengaba en el correspondiente año.

De lo anterior, puede colegirse que a pesar de que las cesantías no se consignaron al correspondiente fondo, en especial las del año de 2013 que son objeto de reproche, si se pagaron anualmente al demandante, más exactamente el 28 de diciembre de 2013 (Fl. 61), lo que implica que la pasiva en ningún momento desconoció el derecho que le asistía de cancelar esta acreencia, de suerte que incluso fue pagada con anterioridad al 14 de febrero de 2014, es decir, dentro del término de Ley.

Por esta razón, y atendiendo el análisis que incumbe hacer de cada caso sobre la procedencia o no de la mala fe del empleador, para la Sala no debe condenarse a la demandada por esta pretensión, pues como se dijo, esta última si bien verificó un pago de manera indebida, no desconoció esta acreencia y en tal razón puede justificarse como una razón atendible al empleador; circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado se revocará sobre este punto.

La parte demandada suma a su apelación, el hecho que el fallador de instancia no efectuó en debida forma, la tasación de la condena impuesta por la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., como quiera que en la decisión quedó



consignado que la condena sería de \$21.478 diarios a partir del 1º de agosto de 2015 y en forma indefinida, sin tenerse en cuenta que a partir del mes veinticinco debe aplicarse intereses moratorios a la tasa más alta designados por la Superintendencia Financiera.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia ha abordado el tema que envuelve la forma de pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., en concordancia con la modificación introducida en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, exponiendo en la sentencia SL1990-2020, Radicación No. 73485 del 11 de mayo de 2020 lo siguiente:

“El artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, prevé la imposición de dos formas de sanción moratoria: una para los trabajadores que devengan hasta un salario mínimo, quienes reciben un día de remuneración por cada día de retardo, desde la ruptura del nexo contractual hasta que se produzca el pago de las condenas generadoras de esta sanción; la otra, para quienes su estipendio es superior al mínimo legal vigente para la anualidad en que se rompa la vinculación, según el cual hay lugar al pago de:

*“[...] una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-781 de 2003***

“Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

“[...]”

*“Parágrafo 2º. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-781 de 2003 Lo dispuesto en el inciso 1º de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-38 de 2004***

“La correcta aplicación de la sanción moratoria al empleador que ha incumplido su obligación de pagar al trabajador, a la terminación del contrato laboral, la totalidad de las acreencias salariales y prestacionales,



sin razones atendibles, tiene, entonces, varios contextos, de acuerdo con el ingreso que devengue el trabajador:

“a) Hasta un salario mínimo legal mensual vigente, reciben a título de sanción moratoria, un día de dicha remuneración por cada día de retardo en el pago de sus derechos laborales, desde la terminación del vínculo hasta cuando se satisfaga éste.

“b) Más del mínimo legal mensual vigente, se les paga un salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses o hasta cuando el pago se verifique, si el período es menor; a partir del mes veinticinco (25) se les pagan intereses moratorios.

“c) Más de un salario mínimo legal mensual vigente y no presentan demanda dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes a la terminación del vínculo laboral, a quienes únicamente se les cancelan intereses moratorios”.

Así entonces, es claro que al haber devengado el actor durante la relación laboral un salario mínimo legal mensual vigente, la sanción debe corresponder a un día de remuneración por cada día de retardo en el pago de sus derechos laborales, desde la terminación del vínculo hasta que se realice la cancelación, aspecto que fue analizado en legal orden por el fallador primigenio, lo que conlleva a que esta condena se confirme.

Finalmente, la demandada alegó que no debía accederse a la condena por el auxilio de transporte, toda vez que existió temeridad por parte del actor por haber indicado en su escrito progenitor la dirección de domicilio el de la profesional del derecho que lo representa, pero no la suya, aspecto que considera como de mala fe.

Para lo respectivo, advierte la Colegiatura que sus dichos no son de recibo, toda vez que es de conocimiento que de conformidad con lo establecido en la Ley 15 de 1959, la cual fue aprobada por el Decreto 1258 del mismo año, consignó este tipo de auxilio para aquellas personas que devenguen un S.M.L.M.V., como es el caso del demandante, por lo que no es dable la abstención de pagarse, máxime si se tiene en cuenta que el argumento del demandado, en el sentido que el actor residía aledaño con la demandada, no implicaba omitir el pago del mismo, ni se demostró dicha situación dentro del plenario.

Todo lo dicho, conduce a que la sentencia de primer grado habrá de revocarse parcialmente, en lo que gira en torno a la decisión de condena por la no consignación de las cesantías del año 2013, y en lo demás se confirmará.



SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el literal g) del ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido absolver a la demanda de la sanción por la no consignación de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 25 2016 00561 01
Demandante: PEDRO MARTÍN BARACALDO
Demandado: ADMINISTRADORA LOGÍSTICA DE CAMBIOS
Y NEGOCIOS ÉXITO S.A. – ALCANSA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Pedro Martín Baracaldo*, presentó demanda ordinaria en contra de la *Administradora Logística de Cambios y Negocios Éxito S.A. – Alcansa S.A.*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 3 de enero de 2008 y el 31 de mayo de 2016.

En virtud de ello, se le condene al pago de sanción por despido sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y de manera subsidiaria indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que ingresó a laborar al servicio de la demandada desde el 3 de enero de 2008 hasta el 31 de mayo de 2016, a través de un contrato de carácter verbal.

Que el salario pactado para los años 2008 y 2009 fue por \$2.450.000, y desde el año 2010 y en adelante en la suma de \$1.200.000, siendo su cargo el de conductor de transporte ruta de personal y apoyo administrativo, y dentro de sus funciones



también estaba la de transportar divisas de la oficina de la calle 100 a la oficina del aeropuerto, así como pagar recibos y efectuar consignaciones.

Por último, indicó que la pasiva le expidió una certificación laboral y que siempre se encontraba atado a un horario.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que con el demandante no existió un contrato de trabajo como así lo pretende hacer ver el demandante, pues lo que prestó fue un servicio de transporte de personas, vínculo que se rigió acorde a las normas civiles, el cual se desempeñaba bajo su propia responsabilidad y con un vehículo de su propiedad, sin que nunca hubiese estado atado o subordinación alguna.

Que la actividad realizada por el demandante no se acompasa con el giro ordinario que tiene como empresa, de ahí que sea lógico la inexistencia del contrato pretendido.

Por último, precisó que con el demandante se acordó que en un horario determinado debía recoger al personal que laboraba en el aeropuerto y llevarlo a un lugar próximo a sus residencias, acuerdo sobre el cual se pactó un precio y una forma de pago previo a la presentación cuentas de cobro en las que se efectuaba la retención en la fuente.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y título para solicitar la condena de la demandada, inexistencia de la relación laboral, pago total, prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de subordinación laboral, mala fe del demandante, buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de indemnizar y genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que, si bien dentro del plenario obra una certificación de calenda 16 de octubre de 2006, la cual certificó que el actor desempeñó el cargo de ruta de personal y apoyo administrativo, con un salario de \$2.450.000, a la misma no le asignó credibilidad ya que de las demás



probanzas, su contenido carecía de veracidad, incluyendo los testimonios e interrogatorios recaudados.

Que, en tal sentido lo único que se pudo colegir fue que el demandante desempeñó la actividad de conductor de transporte a través de una relación laboral de índole comercial, sumado a que no se demostraron los extremos de la relación laboral pretendida, la remuneración y la forma de terminación del mismo, carga que le asistía al actor en los términos del artículo 167 del C.G.P.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia, exponiendo que, en atención de los postulados jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a quien le correspondía desvirtuar el contrato de trabajo era a la parte demandada.

A su vez, motivó su alzada en el hecho que, en razón de la actividad ejercida por el demandante, esto es, ruta especial de transporte, existe una presunción de una relación laboral en los términos establecidos en el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 referente al servicio de transporte público o privado, ya que si la demandada contrataba servicio de transporte, no podía hacer uso de estos servicios con un particular como lo hizo con el demandante mediante un contrato de prestación de servicios, pues dicha situación se encuentra prohibida.

Otro aspecto que argumentó en la alzada, fue que el elemento de la subordinación también se encuentra demostrado, como quiera que recogía diariamente a los empleados de la demandada.

Que no comparte el tópico referente a la certificación que el *a-quo* no le dio el valor probatorio respectivo, ya que dicha certificación no fue tachada de falsa ni desconocida por la demandada, sino que por el contrario, lo que esta quiso decir en este proceso, fue que la misma se había expedido con un fin diferente como lo era para un crédito, adicional a que con relación a la suscripción de la certificación laboral, si bien es cierto la expidió una persona que no era la representante legal de la empresa, a ese actuar no se le puede extraer valor probatorio, ya que se presume la existencia dentro del organigrama, de una persona encargada de expedir dicha certificación.



Que atendiendo la referida certificación, lo que se advierte es la desmejora salarial que se tuvo durante la relación salarial a través de los contratos de prestación de servicios que se suscribieron, máxime si se tiene en cuenta que de las pruebas solicitadas por el fallador de instancia, a la demandada le fueron solicitados los comprobantes de pago desde el 2008 hasta el 2013, sin que se haya aportado la documental requerida, aspecto que sopesa más aún la presunción de la existencia del vínculo pretendido.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si entre las partes se constituyó un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 3 de enero de 2008 y el 31 de mayo de 2016.

De prosperar la existencia del contrato de trabajo, la Sala abordará las pretensiones de carácter condenatorio.

c. Del caso en concreto:

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



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

Así las cosas, y en atención de las reglas ya esbozadas para la declaratoria del contrato de trabajo, en primer lugar puede concluir la Colegiatura que en efecto el aquí demandante logró acreditar la prestación personal del servicio, prueba de ello, es de una parte, que la representante legal de la demandada, señora *Gloria Milena Ibáñez Palacios*, en el interrogatorio de parte surtido, precisó que el actor prestó a la empresa un servicio de transporte desde el mes de enero de 2008 aproximadamente, el cual consistía en trasladar las personas desde su residencia a la oficina de la empresa que se encontraba ubicada en el aeropuerto, actividad que desempeñó de manera autónoma e independiente.

Por otra parte, se aprecia que a folios 52 a 77 y 99 a 193, obran diferentes comprobantes de pago y certificaciones de retenciones en la fuente, que advierten que al actor la empresa *Administradora Logística de Cambios y Negocios Éxito S.A. – Alcansa S.A.*, le efectuaba pagos como consecuencia de la prestación del servicio por ruta de transporte, de ahí, que el actor haya demostrado a cabalidad el elemento esencial que le competía.

Ahora bien, en lo que concierne al elemento de la subordinación para con los demandados, de entrada, advierte la Corporación que se logró desvirtuar por la parte demandada.

Nótese, que en el testimonio del señor *Nicson Alberto Lancheros*, revisor fiscal de la empresa demandada, indicó que ejerce actividades para la pasiva a través de un contrato de prestación de servicios desde el mes de agosto de 2013, por lo que conoció al actor en tanto desempeñó actividades de transporte a la empresa durante año y medio aproximadamente, hasta el mes de julio de 2016 y mediante contrato de prestación de servicios, y que dejó de desempeñar dicha actividad por cuanto el vehículo con el que brindaba el transporte era particular, el cual no cumplía con los requisitos legales para transportar pasajeros.

Adujo que el actor no fue auxiliar administrativo ni mensajero, así como que la señora *Milena Ibáñez* y el señor *Aristóbulo González*, Gerente y Coordinador de la empresa respectivamente, no le daban instrucciones al demandante, ya que este revisaba los turnos de las personas y así mismo organizaba sus recorridos, para después recibir un pago que se solicitaba por medio de cuentas de cobro.



De igual manera se evacuaron los dichos de la testigo *Luz Helena Colorado*, quien manifestó que prestó el servicio de transporte para la demandada desde el 1º de julio de 2016 hasta el 30 de junio de 2017 a través de un contrato de prestación de servicios, consistente en transportar personal de la empresa con un vehículo de placas públicas de su propiedad, el cual cumplía con todos los condicionamientos legales para tal fin, sin que hubiese estado subordinada ya que su única función era la de transportar al personal. Preciso que no conoce al demandante.

El testigo *Rodrigo Ortiz Vergara* adujo que labora para la empresa como Auxiliar Administrativo, siendo vinculado por nómina aproximadamente hace cuatro años, y con anterioridad a esto, desempeñaba actividades para la empresa por medio de contrato de prestación de servicios de transporte a los empleados de la pasiva, actividad que fue desempeñada sin ninguna subordinación para los años de 2011 o 2012, exponiendo que en una ocasión, el actor le solicitó a la empresa que le certificara un tiempo como trabajador directo con el fin de pedir un préstamo para comprar un vehículo que estuviera acorde con la legalidad de poder transportar el personal de la empresa.

El testimonio surtido por *Mauricio Galindo Barón*, indicó que laboró al servicio de la empresa desde mayo de 2014 hasta mayo de 2016, y al inicio desempeñó las actividades mediante contrato de prestación de servicios transportando al personal de la empresa con un vehículo particular que era de su propiedad, y luego se vinculó de manera directa con contrato de trabajo, asentando que cuando tuvo contrato de prestación de servicios no cumplió horario por cuanto él mismo era quien coordinaba la forma en que transportaba el personal.

Asimismo, precisó que la contratación de prestación de servicios que tuvo con la empresa fue para encargarse de transportar a los trabajadores en las horas de la noche, ruta que en inicio tenía el demandante, y que en virtud de ello, sabía que los pagos del demandante se hacían previa cuenta de cobro.

También fueron recaudados los testimonios solicitados por la parte demandante, esto es, los de *Gloria Patricia Rodríguez Pérez* y *Cristian Leonardo Martín*, último quien es hijo del actor.

La primera refirió que conoció al actor en el aeropuerto El Dorado, en tanto trabajó en una casa de cambios cerca de donde laboraba el actor, aludiendo que el señor *Pedro Martín* manejaba una camioneta blanca que era de propiedad de la empresa por lo que desempeñaba el cargo de conductor, pero sin recordar cuál era el nombre



de la empresa aquí demandada; refiere que en algunas ocasiones la acercaba al trabajo cuando se encontraban en el camino.

Puntualizó el desconocimiento de la fecha en que el demandante trabajó para la demandada, el tipo de contrato y el salario devengado, pero que todos los días lo observaba en las horas de la noche.

A su turno, el señor *Cristian Leonardo Martín*, hijo del demandante, dijo que el actor había laborado para la demandada mediante contrato de trabajo de carácter verbal en el cargo de auxiliar administrativo, desde el 2011 hasta el 2016, donde además le ordenaban transportar divisas, y que su horario de trabajo era de lunes a viernes de 8:00 a.m. hasta las 5:30, y el transporte del personal lo realizaba de domingo a domingo en la mañana o noche, dejando de presente que tenía conocimiento toda vez que trabajó en el aeropuerto desde el año 2000 hasta el 2013.

Además, reseñó que actor transportaba el personal de la oficina con un vehículo particular de su propiedad, el cual era un Sprint de color Azul, sin que nunca se le hubiese cancelado prestaciones sociales, así como que era subordinado por la señora *Milena Ibáñez* y el señor *Aristóbulo González*, precisando a su turno que el cumplía la función cuando su padre no podía hacer la ruta de transporte.

Así las cosas, puede colegir la Sala que los testimonios decretados a favor de la parte demandada, además de la prestación del servicio del demandante en la actividad del transporte del personal de la empresa, no advierten ningún tipo de subordinación para con el actor.

Por el contrario, de los relatos dados por los señores *Nicson Alberto Lancheros* quien es revisor fiscal de la empresa, *Rodrigo Ortiz Vergara*, quien labora en la actualidad al servicio de la demandada y con anterioridad lo hacía mediante contrato de prestación de servicios en el año 2011 o 2012 aproximadamente, y *Mauricio Galindo Barón* quien trabajó al servicio de la empresa desde mayo de 2014 hasta mayo de 2016, y al inicio desempeñó las actividades mediante contrato de prestación de servicios transportando al personal de la empresa con un carro particular que era de su propiedad, y luego se vinculó de manera directa con contrato de trabajo, fueron contestes en indicar que la única actividad desempeñada por el demandante fue la de realizar el transporte de algunos trabajadores de la pasiva, sin que en ningún momento existiera subordinación de sus actividades, máxime si él mismo, era quien determinaba la distribución sobre cómo se hacía el recorrido de los trabajadores a su lugar de destino.



También fueron congruentes en el hecho de señalar que el actor al desempeñar dicha actividad lo hacía con un carro de su propiedad.

La Sala otorga en especial credibilidad a los testimonios de los señores *Rodrigo Ortiz Vergara* y *Mauricio Galindo Barón*, como quiera que fueron claros en precisarle al fallador de instancia la forma en que el actor desempeñaba su actividad, en tanto, en algún momento desarrollaron la actividad de transporte de ruta a trabajadores de la empresa con vehículos particulares, siendo enfáticos que su prestación del servicio en este aspecto nunca fue subordinada, y que incluso, no cumplían ningún tipo de horario como tampoco lo hacía el demandante.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta, es que a pesar de que el demandante señor *Pedro Martín Baracaldo*, adujo en su interrogatorio la subordinación constante por parte de la pasiva, sus dichos a juicio de la Sala no lograron ser demostrados. Esto, con ocasión a que los testimonios de *Gloria Patricia Rodríguez Pérez* y *Cristian Leonardo Martín* no lograron ser concisos para tal fin.

La señora *Gloria Rodríguez Pérez* en su declaración, afirmó que el demandante trabajaba al servicio de la demandada manejando una camioneta blanca en la que transportaba el personal de la empresa, sin acordarse si quiera cuál era el nombre de la pasiva, situaciones que resultan contrarias e inentendibles a la realidad procesal aquí debatida, por cuanto de una parte, de la misma confesión efectuada por el actor en su interrogatorio de parte, este siempre desarrolló el transporte de ruta con un vehículo particular que era de su pertenencia, y de otra, resulta ilógico que la testigo al hacer alusión que frecuentaba al testigo porque laboraban en casas de cambio que se ubicaban en el aeropuerto, no tenga presente el nombre de la demandada.

Por otra parte, a pesar que el señor *Cristian Leonardo Martín*, hijo del demandante *Pedro Martín Baracaldo*, aseveró tener conocimiento sobre la subordinación que ejercían funcionarios de la demandada con su padre, el cumplimiento de horario que desarrollaba, como las distintas funciones que desempeñaba, por cuanto trabajó en el aeropuerto desde el año 2011 hasta el 2016, sus afirmaciones no resultan ser concordantes con la realidad procesal, pues nótese que el actor pretende una relación laboral con la pasiva desde el 3 de enero de 2008 hasta el 31 de mayo de 2016, y la declaración del referido testigo aduce que su padre laboró desde el 2011 hasta el 2016, contradicciones por las que no se le da total credibilidad a esta declaración, máxime si se tiene en cuenta, que en su mismo relato afirmó que él como hijo del demandante, en ocasiones hacía lo trayectos de su padre cuando este no podía



efectuarlos, aspecto del que también entiende la Sala que la subordinación pretendida no era de lleno, como así la pretendía ver el demandante, en tanto podía eventualmente delegar la función para la cual fue contratado.

Ahora, el reproche principal del apelante, gira en torno a que a la certificación laboral que obra en el plenario de calenda 16 de octubre se le debe dar total credibilidad. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2019, rememoró la postura que ha venido manteniendo en decisiones anteriores con ocasión al análisis de las certificaciones laborales, puntualizando lo siguiente:

“En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad. 38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:

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

Si bien en inicio, la certificación que reposa a folio 15 del plenario de fecha 16 de octubre de 2009 (Fl. 115), donde se advierte que actor laboró en la compañía en el cargo de transporte de ruta de personal y apoyo administrativo desde el 3 de enero de 2008, en efecto no fue refutada de falsa como lo precisó el apelante, pero del conjunto de pruebas y consideraciones anteriormente enunciadas, su contenido se logró desvirtuar al no haberse evidenciado el elemento subordinante; más aún, si se tiene en cuenta las disposiciones reguladas en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S. sobre la libre información del convencimiento.

Por último, en el recurso de alzada existe un reproche en que la actividad ejercida por el demandante de transporte de ruta de personal, debió ser catalogado como un verdadero contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 336



de 1996, el cual dispone que la regulación laboral deberá regirse con las disposiciones del C.S.T., no encuentra la Sala que a este especialísimo caso se le deba dar este trato, por cuanto, no se constituyó la existencia de un verdadero contrato de trabajo, por lo que no queda más que confirmar la absolución dispuesta por el fallador de primera instancia.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

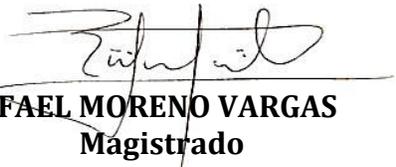
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 26 2017 00014 01
Demandante: PABLO ALEJANDRO PINZÓN MEJÍA
Demandado: PROMINENT COLOMBIA S.A.S. y Otros
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se aprecia que el demandante otorga poder al profesional del derecho *Jeisson Duván Sierra Cárdenas*, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.010.226.959 y T.P. 332.222 del C.S. de la Judicatura, por lo que se le faculta actuar en representación del demandante en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el día 2 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Pablo Alejandro Pinzón Mejía*, presentó demanda ordinaria en contra de *Prominent Colombia S.A.S.* y en forma solidaria a *Prominent Diosiertechnik GMBH* hoy *Prominent GMBH*, con la finalidad que se declare con la primera demandada la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1992 y el 24 de mayo de 2012.

En consecuencia, se le condene al pago de cesantías, intereses sobre las mismas, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sanción moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, e indexación.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que ingresó a laborar al servicio de *Prominent Colombia S.A.S.* el 1º de enero de 1992 mediante contrato de trabajo verbal, el que perduró en el tiempo hasta el 24 de mayo de 2012, calenda última en que se le terminó su contrato sin ninguna justificación.

Que el cargo desempeñado era el de vendedor técnico de los productos de *Prominent Colombia S.A.S.*, con un salario mensual de \$11.500.000, bajo una continua subordinación y dependencia y un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Seguidamente enfatizó que trabajaba con exclusividad al servicio de la demandada, por lo que en el año de 1997 tuvo que viajar a Alemania a una feria química y los gastos corrieron por cuenta de la pasiva, adicional a que de la mano de dos firmas llamadas *Analítica Ltda.* y *Tintico S.A.*, realizaban la facturación, importación y pagos, para así poder ingresar los productos de la empresa demandada con su correspondiente legalización; precisó además que se enviaban correspondencia en idioma extranjero e intercambiaban llamadas, lo que evidencia las órdenes que se le suministraba.

Que la justificación para su finiquito fue la presunta falsificación de una carta, la cual en su contenido se le borró la fracción “*non*” para colocar la frase “*non-exclusive*”, sin que dicha situación sea cierta, a tal punto, que elevó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación en contra de los gerentes de la demandada por falsedad ideológica.

Expuso que demanda en forma solidaria a *Prominent Dosiertechnik GMBH* hoy en día *Prominent GMBH*, ya que es accionista de la pasiva.

Posteriormente reformó la demanda, en el sentir de tener como sujeto demandado a la empresa *Tintico S.A.S.*, en aras de declarar que se celebró con esta de manera verbal, un contrato de trabajo que inició el 1º de enero de 1992 al 24 de mayo de 2012 cuando la empresa *Prominent Dosiertechnik GMBH* canceló unilateralmente el contrato de trabajo, devengando como salario la suma de \$11.500.000, donde el objeto del contrato consistía en que se desempeñaría como vendedor técnico en Colombia de los productos y equipos para el tratamiento de



líquidos y gases fabricados por *Prominent GMBH*, donde *Tintico S.A.S* fue contratista de esta última, y que a su vez tanto *Prominent GMBH* como *Prominent Colombia S.A.* son solidariamente responsables de sus acreencias laborales e indemnizaciones.

En tal sentido, que se le condene a *Tintico S.A.S*, al pago de prestaciones sociales, vacaciones, intereses a las cesantías, sanción por despido sin justa causa, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales e indexación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Prominent Colombia S.A.S.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra, básicamente en el entendido que la sociedad fue legalmente constituida mediante documento privado del 20 de septiembre de 2012, inscrito el 27 de septiembre de 2012 bajo el número 01669506 del Libro IX del registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, de ahí que sea ilógico que se haya suscrito un contrato de trabajo con el demandante.

Que el demandante siempre ha estado vinculado a la empresa denominada *Tintico S.A.*, sociedad constituida desde junio de 2001, donde el actor es su propietario, accionista y representante legal de la empresa, adicional a que dicha empresa era una de las representantes o distribuidoras autorizadas y no exclusivas en territorio colombiano de *Prominent Dosiertechnik GMBH*.

Enunció que *Prominent Dosiertechnik GMBH* no posee, ni ha abierto sucursal alguna en territorio colombiano, por lo que *Tintico S.A.* compra productos *Prominent Dosiertechnik GMBH* para su reventa en Colombia, actuando como distribuidor no exclusivo, y en ocasiones actuaba como agente no exclusivo, por lo que se le daba una comisión sobre los negocios concluidos por los clientes conseguidos bajo un contrato de agencia comercial de hecho.

Formuló las excepciones de inexistencia de las demandadas para las fechas de los hechos, inexistencia de relación laboral incluyendo a la empresa *Prominent Dosiertechnik GMBH*, relación laboral con *Tintico S.A.S.*, ausencia de solidaridad



con *Prominent Dosiertechnik GMBH*, temeridad y mala fe del demandante y prescripción.

Prominent Dosiertechnik GMBH también contestó la demanda luego de haber sido notificada mediante conducta concluyente, con oposición a las pretensiones de la demanda. Resaltó que el 22 de marzo de 2007 la demandada designó a *Tintico S.A.S* como su representante o distribuidor autorizado y no exclusivo en el territorio colombiano.

Señaló que, *Tintico S.A.S* fue legalmente constituida hasta el 1º de junio de 2001, inscrita el 5 de junio de la misma anualidad ante la Cámara de Comercio de Bogotá, al igual que el actor sigue como representante legal de *Tintico S.A.S*, por lo que debe concluirse que sigue laborando para dicha empresa.

Que con carta del 21 de mayo de 2012 le notificó a *Tintico S.A.S* la terminación de la representación no exclusiva y por ende del contrato verbal de suministro para la distribución y el contrato comercial de hecho, fundamentando la terminación de la relación comercial con hechos tales como que *Tintico S.A.S* no había cumplido con las metas de ventas, adeudando 18.744 euros, presentaba mora en la retención de los pagos y había editado sin autorización una autorización fechada el 10 de noviembre de 2010, sustituyendo la palabra de representante autorizada por representante exclusiva.

Formuló las excepciones de inexistencia de las demandadas para las fechas de los hechos, inexistencia de relación laboral incluyendo a la empresa *Prominent Colombia S.A.S*, relación laboral con *Tintico S.A.S*, ausencia de solidaridad entre *Prominent Colombia S.A.S* y *Prominent Dosiertechnik GMBH*, ausencia de solidaridad entre *Prominent Colombia S.A.S* y *Tintico S.A.S*, ausencia de solidaridad entre *Prominent Dosiertechnik GMBH* y *Tintico S.A.S*, temeridad y mala fe del demandante, presunción fraude procesal, y prescripción.

A su turno la demandada *Tintico S.A.S* igualmente se opuso de las pretensiones, manifestando que en el año 1991 se creó la empresa *Analítica Internacional* cuyo representante legal era el demandante, por lo que en el mes de enero de 1991 el actor negoció con *Prominent Dosiertechnik GMBH* la representación para Colombia, celebrando un contrato verbal para que *Analítica Internacional* vendiera en Colombia los equipos fabricados por *Prominent GMBH* para el



tratamiento de líquidos y gases, relación que perduró hasta el 27 de diciembre de 2006, calenda en la que *Analítica Internacional* pasó a llamarse *Pratwub Ltda.*, dejando de ser representante legal el demandante.

Que en el año de 2007 *Prominent Dosiertechnik GMBH* hizo contactos con *Tintico S.A.S.*, para que el demandante pudiera tener un lugar o una empresa de fachada para recibir la correspondencia, giros o demás elementos, y de esa forma poder representar en Colombia a la empresa *Prominent GMBH*. No propuso excepciones en su contestación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, absolvió a los extremos demandados de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que, de las pruebas allegadas al plenario, no existe alguna evidencia que advierta sobre la relación laboral entre el actor con la empresa *Tintico S.A.S.*, pues no se vislumbró el elemento de la prestación personal del servicio como tampoco el elemento subordinante, situación que le correspondía demostrar a la parte demandante para la existencia del contrato de trabajo en los términos regulados en el artículo 167 del C.G.P.

Que incluso, el actor ni si quiera logró demostrar los extremos del contrato de trabajo alegado, más aún, si el señor *Pablo Alejandro Pinzón Mejía* alega la existencia del vínculo con *Tintico S.A.S.* desde el mes de enero de 1992, y de acuerdo con lo que se desprende del certificado de existencia y representación legal de dicha demandada, esta reporta como fecha de constitución el 1º de junio de 2001, sin que se hubiese evidenciado incluso, la existencia de una sustitución patronal.

Sumado a su argumento, resaltó que dentro del expediente no existía prueba de que *Tintico S.A.S.* le hubiese pagado al demandante algún monto por concepto de salario.

Por último, adujo que al no existir contrato de trabajo con la demandada *Tintico S.A.S.*, era lógico que no procediera la solidaridad respecto de *Prominent Colombia*



S.A.S y *Prominent Dosiertechnik GMBH*, pero que, en gracia de discusión, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del C.S.T., tampoco se advertía la solidaridad alegada.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la sentencia, exponiendo que si bien la relación laboral no fue demostrada con la empresa *Tintico S.A.S.*, de las pruebas recaudadas durante el trámite procesal, en especial el interrogatorio de parte del representante legal de *Prominent Dosiertechnik GMBH*, se pudo demostrar que en efecto sí se constituyó un contrato de trabajo con la última referida, el cual se ha prolongado en el transcurrir del tiempo desde 1992, aspecto que la *a-quo* no tuvo en cuenta en atención de los fundamentos *ultra y extra petita* que le asisten como directora del proceso, por lo que solicita que en esta instancia se falle más allá de las pretensiones elevadas en el *petitum* demandatorio.

Asimismo, alega que la solidaridad queda escindida de *Tintico S.A.S* a *Prominent Dosiertechnik GMBH*, al encontrarse demostrado el contrato de trabajo con este último.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal si es procedente que se declare un verdadero contrato de trabajo con la demandada *Prominent Dosiertechnik GMBH*, sujeto que fue demandado de manera solidaria.

c. Del caso en concreto:



Atendiendo los postulados del recurso, es menester precisar que el apelante no encuentra inconformidad con la decisión de la falladora de primer grado, en el entendido que absolviera a la demandada *Tintico S.A.S.* al no haberse constituido los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Bajo este escenario, lo que pretende el actor es que en esta instancia se realice un estudio de la existencia del contrato de trabajo con la demandada *Prominent Dosiertechnik GMBH*.

De entrada, esta colegiatura advierte que la sentencia de primer grado habrá de confirmarse.

Al respecto, nótese que el actor en inicio pretendió demandar en forma principal a *Prominent Colombia S.A.S.*, conforme se aprecia del escrito primigenio de la demanda (Fls. 2 a 8).

Con posterioridad, y haciendo uso de la herramienta procesal de la reforma de la demanda consagrada en el artículo 28 del C.P.T y de la S.S., escrito que fue allegado en tiempo, el actor la reformó en el sentido que se tuviese como demandada principal a la empresa *Tintico S.A.S.*, y en forma solidaria a *Prominent Colombia S.A.S.* y *Prominent Dosiertechnik GMBH*, como se avizora a folios 585 a 592, reforma que fue admitida por la *a-quo* a través de proveído del 8 de septiembre de 2017 (Fl. 272).

Partiendo de esa connotación, es palmario que el actor al reformar la demanda tenía clara la manera en que se orientaría la misma, es decir, que el sujeto demandado principal sería el nuevo incorporado dentro del trámite como lo fue la empresa *Tintico S.A.S.*, y se pretendería la solidaridad de *Prominent Colombia S.A.S.* y *Prominent Dosiertechnik GMBH* en los términos del artículo 34 del C.S.T.

Por lo anterior, resulta improcedente que se estime en sede de apelación efectuar valoraciones probatorias o darle connotaciones diferentes al escrito progenitor, en tanto, se estaría vulnerando el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política para las partes que integran la litis, toda vez que se alteraría la esencia de la demanda principal, así como cada una de las etapas procesales que la conforman, de ahí que resulte inapropiado



transformar la calidad de los sujetos pasivos presentados desde el inicio por el extremo demandante.

Otro aspecto a resaltar, es que la Sala puede concluir que el juicio valorativo que efectuó la falladora de instancia al momento de adoptar la decisión de fondo se encuentra ajustada a derecho, pues se itera, que al reformarse la demanda, las pretensiones fueron encaminadas en contra de *Tintico S.A.S.*, por lo que de prosperar el contrato de trabajo con dicho sujeto, debía analizarse respecto de *Prominent Dosiertechnik GMBH* únicamente la solidaridad de que trata el artículo 34 del C.S.T., sin determinarse la existencia del contrato de trabajo con este en atención a que no se solicitó un vínculo directo, lo que a su vez conduce que se haya resguardado el principio de la congruencia consagrado en el artículo 281 del C.G.P.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto al principio de congruencia, en sentencia SL2583-2020, Radicación No. 79751 del 15 de julio de 2020, puntualizó:

*“La congruencia, estipulada en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso, aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, establece que los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, los hechos y las peticiones de la demanda, su contestación y las excepciones formuladas, así como lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador. **Luego, el sentenciador debe obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto**”.*

Así las cosas, es por lo que los argumentos expuestos en la apelación no resultan de asidero para que en esta instancia se analice la existencia de un contrato de trabajo con *Prominent Dosiertechnik GMBH*, ya que este no fue el fin principal de la demanda como se expuso en precedencia, aunado a ello que se carecen de facultades *extra y ultra petita* en segunda instancia; circunstancias por las cuales, la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

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

V. DECISIÓN



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

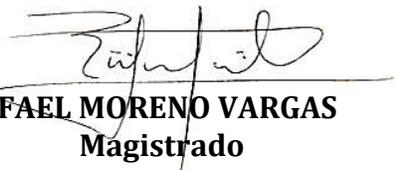
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 18 2017 00461 01
Demandante: GRISELDA LONDOÑO RODRÍGUEZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 3 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Griselda Londoño Rodríguez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 5 de julio de 2012 y el 31 de octubre de 2016.

En virtud de ello, se le condene a la demandada al reconocimiento y pago, *en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo*, a las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 5150 Grado III A, debidamente indexadas, auxilio de cesantías, trabajo suplementario, recargos dominicales festivos y nocturnos, intereses a las cesantías, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima semestral, compensación en



dinero de las vacaciones, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con el salario realmente devengado respecto de los trabajadores de planta de la entidad en el mismo cargo, devolución por retención en la fuente debidamente indexada, auxilio de transporte, auxilio alimentación, sanción por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., la indemnización regulada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sanción por la no consignación de la cesantías según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la sanción moratoria por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, adujo que laboró para la demandada desde el 5 de julio de 2012 hasta el 31 de octubre de 2016 en el Hospital de Meissen E.S.E., en el cargo de servicios generales, a través de contratos sucesivos de trabajo; que atendiendo la Resolución No. 012 de enero de 2012 que se le expidió, sería trabajadora oficial habida cuenta que ejerció funciones de Auxiliar Operativa, devengando como último salario al finiquito del vínculo la suma de \$836.000, con un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y los fines de semana de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., incluso con disponibilidad de tiempo extra.

Que sus jefes inmediatos eran quienes elaboraban las planillas de turnos que debía cumplir; seguidamente puntualizó que la pasiva le exigió afiliarse al Sistema Integral de Seguridad Social como independiente, previa la suscripción de contratos de prestación de servicios, exigiéndosele además póliza de cumplimiento de responsabilidad civil, descontándose la retención en la fuente e impuesto ICA.

Precisó que se le expidió carné de trabajo donde se le catalogaba como trabajadora del Hospital, sin que los contratos de prestación de servicios hayan tenido interrupciones; que nunca le fueron concedidas vacaciones, sus aportes a salud y pensión los realizaba



sobre un valor inferior al realmente percibido, en atención a que ella era quien debía hacer el aporte, estando subordinada en todo momento por la pasiva.

Por último, enfatizó que siempre utilizó las herramientas de la demandada, ejerciendo las mismas funciones del personal de planta, y que el día 30 de octubre de 2016 le fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Tuvo como sustento que nunca existió contrato de trabajo con la demandante, pues su vinculación se hizo a través de reiterativos contratos de prestación de servicios, por lo que nunca percibió salario sino honorarios como consecuencia de las órdenes de servicios suscritas.

Que nunca existió la subordinación alegada por la señora *Griselda Londoño Rodríguez*, ya que sus actividades siempre se desarrollaron en atención de los contratos de prestación de servicios, de ahí, que los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social los tuviese que efectuar de forma independiente.

Formuló las excepciones de prescripción de la acción laboral, pago total de la obligación, inexistencia de la obligación y del derecho, inexistencia del vínculo laboral, cobro de lo no debido, la relación contractual con la actora no era de naturaleza laboral, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y contrato celebrado entre las partes, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, incumplimiento del requisito de procedibilidad exigido por la Ley, e innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de julio de 2019, declaró la existencia del contrato entre las partes por el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 2012 y el 15 de octubre de 2014, el cual terminó sin justa causa, devengando como último salario la suma de \$1.055.177.

Absolvió las pretensiones de carácter convencional, esto es, primas de antigüedad, vacaciones, navidad, semestral, y el auxilio de alimentación, en virtud a que, confrontada la Convención Colectiva de Trabajo allegada, la misma no goza de la constancia de depósito en los términos del artículo 469 del C.S.T.

Frente a la nivelación salarial, consideró que era procedente, por cuanto se logró demostrar que el cargo que se pretendía comparar fue el de Operario de Servicios Generales Código 5150 Categoría III A, y en atención a que lo pagado a la actora estaba por debajo del cargo de planta, procedió a condenar, ajustando los valores desde el 23 de marzo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2012 por valor de \$1.040.724, desde el 1º de octubre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 la suma de \$2.640.848, desde el 1º de enero de 2014 hasta el 15 de octubre de 2014 por valor de \$2.096.793, para un total de \$5.778.365.

En lo que concierne a las cesantías, dijo que no se había probado el pago por ninguno de los extremos del contrato, por lo que accedió al mismo en valor de \$2.782.974; intereses a las cesantías en la suma de \$333.957; prima de servicios \$2.782.974; vacaciones \$1.391.487 y auxilio de transporte \$2.167.600.

Absolvió del pago de trabajo suplementario, descanso dominical o festivo, en el entendido que la actora no probó lo de su cargo. Igualmente, dijo que respecto de los intereses sobre las cesantías y la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no estaban regulados para servidores públicos, y como consecuencia, dicha condena no era procedente.



Ordenó el pago al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, teniendo como IBC para el año de 2012 la suma de \$966.073, 2013 el monto de \$1.009.740 y 2014 en \$1.055.177, ordenándole a la pasiva a corregir los respectivos aportes. En cuanto a los aportes a salud, riesgos laborales y caja de compensación familiar, consideró que no estaban llamados a prosperar por cuanto no se acreditó un daño o perjuicio.

Tampoco condenó a la pretensión de retención en la fuente, en razón a que estos conceptos corresponden al sistema propio de impuestos y no a un asunto de carácter laboral. Condenó al despido sin justa causa en la suma de \$6.225.544.30, por cuanto así se demostró del acervo probatorio.

Respecto de la indemnización moratoria, dispuso su condena aludiendo que la demandada había actuado de mala fe, de lo que dispuso su cancelación de un día de salario por cada día de retardo a razón de \$35.172.57 diarios, desde el día 16 de enero de 2015 hasta el día en que se efectúe el correspondiente pago, y además consideró que no operó el fenómeno prescriptivo.

Por último, y luego de aclarar la sentencia, decidió que no era procedente la indexación de las condenas impuestas, toda vez que procedió la indemnización moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. En primer lugar, arguyó que la Convención Colectiva de Trabajo allegada en medio magnético se aportó en debida forma, incluyendo el respectivo depósito, por lo que solicitó el pago de las pretensiones de carácter convencional, máxime si no se ha renunciado a este tipo de derechos, así como que se aportó Convención Colectiva de Trabajo en prueba documental y que aparece en 7 folios.



Que también es procedente el pago de la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que es evidente que la pasiva durante la relación laboral no canceló estos conceptos.

Aduce, que el monto de las costas procesales determinadas por el fallador de instancia no se acompasa a la cuantía de la cual fue condenada la entidad. También encuentra inconformidad por la absolución de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Riesgos Laborales y Caja de Compensación, por cuanto los mismos no fueron cancelados en su oportunidad.

Indicó que las pretensiones por concepto de prestaciones sociales debieron ser indexadas, con ocasión a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, se auscultará si proceden las condenas por los beneficios convencionales reclamados, la sanción establecida en el 99 de la Ley 50 de 1990, los aportes al sistema de seguridad social en salud, riesgos laborales y caja de compensación.



Igualmente, la Sala deberá pronunciarse si se encuentra ajustado a derecho o no, que la parte demandante en sede de apelación pretenda la modificación de las cosas procesales impuestas por el fallador de instancia en la sentencia.

c. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta la calidad que ostenta el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E., subrogado por SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. debe indicarse que las Empresas Sociales del Estado fueron implementadas por la Ley 100 de 1993 como parte integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que a través de ellas la Nación y las entidades territoriales presten directamente los servicios que correspondan a su naturaleza.

A su vez, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en cuanto a la organización y prestación de los servicios de salud, señaló la clasificación de los empleos en la estructura administrativa de La Nación, de sus entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, determinando que serían de libre nombramiento y remoción o de carrera y en el párrafo se indicó que: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones [...]”*.

Sin embargo, la entidad demandada tiene la facultad de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especial, de conformidad con la Ley 80 de 1993 artículo 32, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997. Esta última normativa previó en su párrafo:

“PARAGRAFO 1o. *A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de*



la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.”

En el presente caso, el *a-quo* encontró demostrado que la actora, a pesar de haberse vinculado mediante sendos contratos de prestación de servicios, en la realidad se configuró como una verdadera relación laboral, aspecto que no fue refutado por la pasiva, pues ni siquiera asistió a la audiencia de que trata el artículo 80 del C.P.T y de la S.S.

Sin embargo, en punto de la naturaleza jurídica de la pasiva, debe memorarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria, por vía de excepción, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

También ha precisado que solo es posible catalogar a un servidor público de una Empresa Social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, que su labor está relacionada con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la regla general.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia, más exactamente en la sentencia SL1125-2020, Radicación No. 71175 del 20 de abril de 2020, rememora lo dispuesto en incisos anteriores de estas consideraciones e indicó:

“Además, teniendo en cuenta los conceptos fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios



generales», en sentencia CSJ SL18413 -2017, reiterada en CSJ SL1334 -2018, la Corte expresó:

“Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. n.º 22324, explicó lo siguiente:

“«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

“Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. n.º 36668, respecto al mismo tema señaló:

“El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa. (Las subrayas no son del texto)

“En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

“No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte,



correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

“Las anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.º 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

“Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

“Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Servicios generales.

“Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras”.

Por tanto, al haber desempeñado la actora, labores de servicios generales, más precisamente las funciones de asear y desinfectar las instalaciones que le eran asignadas, realizar limpieza de vidrios, puertas y ventanas, mantener en perfecto estado de limpieza y desinfección los baños, entre otras, conforme se aprecia a folios 42 a 48 en los contratos de prestación de servicios, se encuadró en actividades de servicios generales, por lo que ha de confirmarse que su condición era la de una trabajadora oficial.

Sobre este aspecto, se deja de presente igualmente que no existió objeto de reproche sobre lo extremos de la relación laboral determinados en primer grado, ni el salario.

Derechos convencionales:



El apelante, encuentra inconformidad en que son prósperas las pretensiones de carácter convencional, por cuanto aduce que la Convención Colectiva de Trabajo se aportó debidamente en medio magnético con el respectivo depósito de conformidad con lo establecido en el artículo 469 del C.S.T., y que además se aportó Convención Colectiva de Trabajo como prueba documental y que aparece en 7 folios; el fallador de primer grado a su vez, negó estos rubros por considerar que la allegada en PDF no gozaba de depósito.

Sea lo primero indicar, que las condenas que se eleven deben ser conforme a las pruebas oportuna y legalmente decretadas y recaudadas. Bajo ese derrotero, se tiene que la oportunidad procesal para decretar las pruebas, se surtió en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T.S.S., celebrada el 9 de agosto de 2018, en la cual en favor de la parte actora se decretaron como pruebas las documentales las obrantes a folios 32 a 58 y 63 a 74, el interrogatorio de parte en los términos del artículo 195 del C.G.P., y los testimonios *de Holman Benavides Pérez, Nidia Azucena Figueroa Fajardo y Carmen Helena Rodríguez.*

En favor de la pasiva, se decretó como prueba el interrogatorio de parte de la actora, pruebas documentales las aportadas por la demandante y las allegadas con la contestación de la demanda visibles a folios 92 a 107.

Al revisar dichas pruebas documentales, se aprecia que la Convención Colectiva de Trabajo 1995-2016 allegada en medio magnético (Fl. 122), con la que el fallador de instancia sopesó su decisión de no acceder a los derechos de carácter convencional pretendidos, fue aportada con posterioridad al decreto de pruebas que se realizara en la audiencia del artículo 77 del Estatuto Procesal del Trabajo, sin que tampoco se solicitara a la pasiva fuera adosada al proceso; circunstancia por la cual, la Sala no encuentra motivo sobre el por qué se hizo un análisis de una documental abiertamente extemporánea, cuando la misma no gozaba de valor probatorio alguno. Por este motivo,



se colige que, al no ser una prueba recolectada en tiempo, la Colegiatura se abstendrá de su estudio.

Ahora bien, se observa que yace la Convención Colectiva de Trabajo 2007-2011 (Fls. 62 a 74), la cual, a pesar de haberse decretado debidamente, el *a-quo* no se pronunció de la misma en la sentencia, a pesar de gozar de su respectivo depósito según lo dispone el artículo 469 del C.S.T., por lo que esta Convención será la que se analice en esta oportunidad a efectos de determinar si le asiste el derecho a la actora de las pretensiones de carácter convencional.

De las primas de antigüedad, vacaciones y semestral:

Pese a que el apoderado de la parte actora insiste que estas primas se encuentran consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo, de los 11 artículos que la conforman, no se advierte reguladas dichas prestaciones extralegales, y como consecuencia de ello, se mantendrá la decisión censurada, por lo aquí indicado.

De la prima de navidad:

Si bien esta prima convencional no se encuentra consagrada en la Convención Colectiva de Trabajo 2007-2011, se encuentra regulada en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 modificado por el artículo 1° del Decreto 3148 de 1968, artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, así:

“ARTÍCULO 11.- Prima de Navidad. (Adicionado por el Art. 1, Decreto Nacional 3148 de 1968) "Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tendrán derecho a una Prima de Navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.”

“PARÁGRAFO 1. Cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad,



en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el último salario devengado.

“PARÁGRAFO 2. Quedan excluidos del derecho a la Prima de Navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tengan derecho a primas anuales similares, cualquiera sea su denominación.”

A pesar de ello, y al haberse pretendido esta prestación únicamente derivada de la Convención Colectiva de Trabajo, no hay lugar a su imposición.

Del auxilio de transporte:

Al revisar la Convención Colectiva de Trabajo, en especial el folio 65, se observa regulado el subsidio de alimentación en el artículo 3, en los que se fijan porcentajes para incrementar esta prestación para los años 2007 a 2011, anualidades que no coinciden con los extremos laborales declarados en el proceso y como consecuencia, no hay lugar al pago de este emolumento.

Sanción por no consignación de las cesantías:

Al respecto, debe indicarse que esta condena no resulta procedente en el presente caso pues la norma que regula la sanción pretendida es el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que no es aplicable en el presente caso pues ese precepto regula la situación de trabajadores particulares, categoría que no corresponde al accionante, quien, como ya se vio, era trabajador oficial de la entidad demandada.

Sobre el tema, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2051-2017, Radicación 45390 del 8 de febrero de 2017, señaló *“Por lo mismo, no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos*



del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que por demás se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace impertinente esta pretensión".
Por lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria.

Aportes al sistema de seguridad social en salud, riesgos laborales y caja de compensación:

Este punto de apelación habrá de confirmarse de absolución, en tanto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3009-2017, Radicación No. 47044 del 15 de febrero de 2017, manifestó:

"En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

"Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica".

De ahí, que no prosperen estas pretensiones, incluidos los pagos a la caja de compensación.

Indexación:

El apelante dice que las prestaciones sociales debieron pagarse debidamente indexadas. Al respecto, considera la Sala que no hay lugar al pago de la indexación por



concepto de las prestaciones sociales reconocidas, toda vez que se accedió a la condena por concepto de la indemnización moratoria, aspecto que impide el pago indexado.

A pesar de lo anterior, aprecia esta instancia que lo que si procede la indexación es frente al pago de vacaciones y del auxilio de transporte, en atención a que dichos conceptos no se atienden como una prestación social que se haya subsumido de indexación por el pago de la indemnización moratoria, por lo que se revocará parcialmente la decisión de primer grado.

De las costas procesales:

Encuentra inconformidad la demandante, en el hecho que las costas procesales definidas en primer grado, no se acompañan con el monto de las condenas impuestas, frente a lo cual se debe acotar que no es esta la oportunidad procesal para que se presenten inconformidades sobre este aspecto, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 365 y 366 del C.G.P., existe una etapa para presentarse este tipo de inconformidades, por lo que la Sala se abstiene a decidir de fondo en este punto, así se decidirá.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 3 de julio de 2019, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que las condenas impuestas en el ordinal segundo, literales e) y f), que giran en torno a las vacaciones y el auxilio de transporte, deberán pagarse de manera indexada al momento del correspondiente pago, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Rafael Moreno Vargas
RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 39 201700469 02
Demandante: LUIS DE JESUS GOMEZ RAMIREZ
Demandado: JAIME CALDERON NIÑO Y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

AUTO

Como quiera que ya se había corrido traslado a las partes para alegar, se deja sin valor ni efecto el auto proferido el 24 de agosto del 2019.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 5 de agosto del 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis de Jesús Gómez Ramírez* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Jairo Calderón Niño* e *Hilda Marlen Espinoza* a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 15 de agosto de 2013 y el 30 de agosto del 2014.

En consecuencia, pretende que se condene a los demandados al pago del salario básico, las prestaciones sociales, vacaciones, la indemnización moratoria, la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido prestó sus servicios para los demandados, desde el 15 de agosto del 2013; que el señor *Jairo Calderón Niño* era la persona que le impartía ordenes; que fue



contratado para desempeñar el cargo de conductor y el vehículo era de propiedad de la señora *Hilda Marlen Espinosa Sabogal*, no obstante, era el señor *Jairo Calderón Niño* el encargado de cobrar los fletes; que su labor consistía en transportar líquidos e hidrocarburos; que laboró en un horario de trabajo de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 6:00 p.m., devengando un salario promedio de \$2.500.000; que los demandados no le solucionaban los salarios mes a mes, sino que se realizaban cuentas de los viajes; que los demandados no le pagaron en su integridad los salarios y solo le solucionaron la suma de \$5.000.000; que en varias oportunidades solicitó el pago de salarios y prestaciones sociales, y al no obtener respuesta favorable presentó su renuncia el 30 de agosto del 2014; que no afiliaron al Sistema Integral de Seguridad Social, ni fue afiliado al fondo de cesantías.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Los demandados *Jairo Calderón Niño* e *Hilda Marlen Espinoza* dieron contestación a la demanda, negando la existencia del vínculo laboral, aduciendo que la relación que existió entre las partes era de carácter comercial.

Proponen como medios exceptivos los que denominaron prescripción de la acción por acreencias laborales, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 5 de agosto del 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el libelista y *Jairo Calderón Niño* del 15 de agosto del 2013 al 30 de agosto del 2014; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó a *Jairo Calderón Niño* al pago de las cesantías por valor de \$633.367, intereses a las cesantías en cuantía de \$17.740, compensación en dinero de las vacaciones por \$316.683, por prima de servicios \$102.667 y a título de sanción moratoria la suma de \$20.533 por cada día de retardo, a partir del 1° de septiembre del 2014 y hasta que se verifique el pago total de la obligación, el cual asciende a la fecha a \$33.982.115; absolvió a la señora *Hilda Marlen Espinoza Sabogal* de todas las pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a *Jairo Calderón Niño* a favor del demandante por valor de \$1.402.102,88 y al actor respecto de la señora *Hilda Marlen Espinoza Sabogal* en cuantía de \$1.402.102,88.

Como sustento de su decisión manifestó que analizados las pruebas aportadas al proceso se tiene que no hay duda en la prestación de servicio, pues así lo reconocen ambas partes. Por lo tanto, acreditado el primer elemento del contrato de trabajo se procedió a analizar



los demás medios probatorios, dentro de los cuales se constató a folios 11 al 21, que se trata de manifiestos de transporte en los que efectivamente se evidencia que el camión de placas SZP-713 fue manejado por el demandante, sin que la parte demandada haya logrado desvirtuar la subordinación que establece el artículo 24 del C.S.T.

Que los manifiestos, además de la prestación del servicio, no son indicativos de cómo se desarrolló la prestación del servicio; por otra parte que se escuchó la declaración de Edilberto *Díaz Huertas* y *Numael Bejarano González*, quienes a más de evidenciar que el demandante manejaba la tractomula, lo cierto es que el resto de los hechos de los cuales dan cuenta, los conocen básicamente de lo que les comentaba el demandante.

Por otra parte, que no existe prueba alguna que evidencie que la señora *Hilda Marlene Espinoza* haya fungido como empleadora.

Que en el interrogatorio de parte el demandado manifiesta que él manejaba la tractomula y que dejó de hacerlo para darle paso al demandante, porque él había tomado esa tractomula en arriendo, lo cual no es de recibo, pues quien figuraría en la empresa también como responsable de la tractomula no era el demandante, motivo por el cual le correspondía al demandado acreditar el contrato de arrendamiento, lo cual no acaeció en el plenario.

Frente a los extremos, aduce que los demandados no ponen en discusión que entre el 15 de agosto de 2013 y el 30 de agosto de 2014 haya existido una contratación, por tanto, se tienen los mismos como extremos temporales de la relación laboral.

En lo que respecta a la prescripción, que los derechos laborales que se hicieron exigibles con anterioridad al 11 de agosto del 2014 se encuentran afectados por tal fenómeno, con excepción de las cesantías y la compensación de vacaciones; por otra parte, que debido a que el actor no probó el salario que aduce percibir, se tendrá como tal el salario mínimo legal mensual vigente.

Condenó por ende al pago de prestaciones sociales y compensación de vacaciones, frente a la sanción por la no consignación de las cesantías, aduce que prescribió la obligación, por hacerse exigibles con anterioridad al 11 de agosto del 2014; frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., al no encontrar acreditada la buena fe, se condenó al pago de un salario diario de \$20,533, hasta la data en que se cancelen los salarios y prestaciones sociales, por tratarse de un salario mínimo.



III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante interpone recurso de apelación en el que en suma indica que las liquidaciones que se efectuaron respecto al valor de las cesantías, igualmente los intereses de las cesantías, la compensación de vacaciones y la prima de servicios, no se realizaron teniendo en cuenta el subsidio de transporte, que es básico para la liquidación de las prestaciones sociales cuando un trabajador devenga un salario mínimo legal mensual.

Igualmente, refiere su inconformidad con la condena en costas respecto de la señora *Hilda Marlen Espinoza*, pues si consta que desde el 2015 figura como propietaria del vehículo que se le fue entregado al demandante para que laborara.

E igualmente, insiste que dentro de los documentos aportados si constan los cheques recibidos por el demandante por cuenta de la empresa transportadora en calidad de propietario.

A su turno, la parte demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no se encuentra conforme con la declaratoria del contrato de trabajo, pues las pruebas fueron mal valoradas, en tanto no se tuvo en cuenta que dentro de los testimonios e interrogatorios que rindió el demandante, afirma que era la empresa Ecopetrol S.A. la que establecía los horarios en que debía conducir; de igual manera se desconoce que cuando existe una sociedad opera una división de trabajo, la cual consistía en la consecución de la empresa y del actor manejaba el camión, repartiendo utilidades, sin que la prueba testimonial logre acreditar lo pretendido por activa.

Por otra parte, con relación al pago de cesantías, que si operó el fenómeno prescriptivo, toda vez que la demanda se radicó el 17 de agosto de 2017; en lo atinente a la buena fe que el demandante tenía claro que no era un contrato laboral, siendo el demandante quien actuó de mala fe, máxime que existía el convencimiento que se había formado una sociedad.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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



b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, (i) Si entre el demandante y el señor *Jairo Calderón Niño* existió un contrato de trabajo; (ii) en caso afirmativo, establecer si las prestaciones sociales fueron indebidamente liquidadas; (iii) si operó el fenómeno jurídico de la prescripción; (iv) si el demandado debe ser absuelto de la sanción moratoria; y (v) si el demandante debe ser absuelto del reconocimiento y pago de las costas procesales.

c. Del Vínculo Laboral:

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

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

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

Finalmente, debe acotarse que respecto de la diferenciación entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado en la sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de



recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

a. Del Caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre el actor y el señor *Jairo Calderón Niño* existió un vínculo laboral.

Para tal efecto procedió la Sala a analizar los medios probatorios arrimados al proceso, constatando dentro de los mismos que en el curso de los interrogatorios de parte, la señora *Hilda Marlen Espinoza* confesó que adquirió la tractomula de placas SZP-713 desde el año 2015, pero refiere que jamás mantuvo un negocio con el hoy demandante, pues el pacto se verificó con su cónyuge. A su turno, el demandado *Jairo Calderón Niño* confiesa que él era el conductor de la tractomula SZP-713 de propiedad del señor *Andrés Felipe Delgado* y posteriormente le ofrecieron conducir otro vehículo, por lo que le ofreció al demandante que él lo manejara, fungiendo como mero intermediario entre el demandante y el dueño del vehículo; que el tractocamión se encontraba inscrito a Adispetrol y del pago de los viajes el dueño del vehículo se quedaba con el 40% y el conductor se quedaba con el 60%, que el demandante le entregaba las cuentas pero él lo que hacía era a su vez pasárselas al propietario del vehículo; igualmente admite que él le enseñó al demandante como podría afiliarse a seguridad social, así como el hecho de que él fue quien inscribió el tractocamión a Adispetrol, pero fue porque a él inicialmente le entregaron el carro para carretera y tenía que buscar con quien hacer los viajes, por tanto, cuando le entregó el carro al demandante



ya estaba afiliado a dicha empresa; igualmente precisa que era la empresa quien le pagaba al demandante hasta el 60% del viaje que era el valor del anticipo.

De otra parte, el demandante confiesa en el interrogatorio de parte que para establecer los viajes primero hablaba con el demandado y acordaban a donde querían viajar, ante lo cual el demandado llamaba a la empresa para que autorizaran el viaje; que el horario lo imponía la empresa para la cual se hacían los viajes, también era la que establecía en qué parqueaderos se debía estacionar el tractocamión, precisando que cuando llegaba a Bogotá guardaba el vehículo en el mismo parqueadero y le avisaba al demandado, resguardando el actor con las llaves, siendo de su cargo la limpieza y demás actividades, aclarando que nunca hizo nada sin autorización del demandado; que se afilió como independiente a seguridad social; igualmente afirma que para los viajes solicitaba un anticipo a la empresa, el cual afirma se lo daban con la autorización del demandado, y de ese anticipo, obtenía los gastos del viaje y se quedaba con el dinero que sobraba, para luego descontar de esa suma el porcentaje que habían pactado con el demandado, acorde al cual el demandante se quedaría con \$800.000, más el 10% del flete total, recibiendo solo tres quincenas, y que incluso en algunas ocasiones el actor le adeudaba demandado; finalmente, que para cuadrar las cuentas con el señor *Jairo Calderón* se veían semanalmente en algún viaje en el que se encontraran por el camino, casi siempre en el punto de destino o el de origen.

De otra parte, fueron evacuados los testimonios de los señores *Edilberto Díaz Huertas* y *Numael Bejarano González*, los cuales no logran formar el convencimiento de la Sala, dado que únicamente les consta que el demandante manejaba el tractocamión, pero no les consta directamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar al vínculo contractual que hoy nos convoca, pues su relato se basó en lo que les contó el actor o lo que suponían.

Finalmente, en lo que atañe a la prueba documental reposan en el paginario los Manifiestos de Carga (Fls. 11 a 19), la licencia de tránsito del vehículo (Fl. 20) y las liquidaciones de los viajes (Fls. 44-72). De las cuales se constatan los viajes realizados por el demandante como conductor del vehículo tractocamión de placas SZP 713, el valor de los fletes que eran liquidados a favor del demandado *Jairo Calderón Niño*, e igualmente que para el año 2011 la propietaria del vehículo era la señora *Hilda Marlen Espinosa Sabogal*.

De cara a lo enunciado, avizora la Sala que en efecto el actor prestó personalmente su labor de conductor del tractocamión de placas SZP 713, puesto a su disposición por el hoy demandado *Jaime Calderón Niño*, como en efecto este último lo admite en su interrogatorio de parte. Sin embargo, se aparta la Sala de la conclusión a la cual arribó la falladora de



primera instancia, habida consideración que a juicio de esta Corporación, en autos si se logró derruir la presunción legal contemplada en el artículo 24 del C.S.T, ello de cara a lo confesado por el propio demandante en el interrogatorio de parte, pues de sus afirmaciones se desprende que él de forma libre y autónoma manejaba el vehículo, encargándose de lavarlo, despincharlo y engrasarlo, además era el responsable del mismo, al punto que era él quien siempre tenía las llaves del vehículo y cuando llegaba a la ciudad de Bogotá lo parqueaba, limitándose a informar al demandado su ubicación y cuando viajaba, lo hacía en los horarios establecidos por la empresa para la cual hacía el viaje y parqueaba en los lugares que autorizaba la misma.

Lo que en suma implica que el demandado *Jaime Calderón Niño* no tenía injerencia alguna respecto del manejo del tractocamión y las actividades ejecutadas por el demandante durante el viaje e incluso con lo que hiciera con el vehículo cuando llegaba a la ciudad de Bogotá.

Aunado a ello, para la Sala no se puede predicar la existencia de una continua subordinación, cuando quiera que el propio promotor fue claro en expresar que se reunía con el demandante semanalmente en algún punto de la carretera para cuadrar cuentas, lo que de suma implica que el demandado no estaba al corriente de las labores ejecutadas por el actor diariamente o la forma en que las desarrollaba, no le tenía fijado un horario y no estaba sujeto a un régimen sancionatorio, por manera que era libre en la forma en que desarrollaba su gestión como conductor del vehículo, teniendo como únicos limitantes los parámetros fijados por la empresa para la cual se prestaba el servicio de cargue.

Sumado a ello, lo que más llama la atención para la Corporación, es que el demandante expone que la coordinación de los viajes era consensuada, pues al inicio del interrogatorio cuando se le pregunta al libelista si la empresa *Adispetrol* era la que le indicaba para donde sería el viaje, contesta: ***“Primero conversábamos con don Jairo, para donde queríamos el viaje y él llamaba a la empresa para autorizar ese viaje”***. Pregunta, tras la cual, se le insiste en que aclare si esta decisión era concertada con el demandado, a lo que el actor reitera: ***“Primero concertábamos con don Jairo para dónde íbamos a viajar y él autorizaba ya al despachador para que me diera la orden para... de origen y de destino”***.

Afirmaciones que permiten entrever a esta Sala que la relación existente entre el demandante y el señor *Jaime Calderón Niño*, no era propia de un vínculo subordinante pues el actor no estaba sujeto a las órdenes impartidas por este último, sino que la relación contractual convenida por las partes, les permitía coordinar los viajes con el actor, sin que se pueda llegar a colegir una subordinación simplemente por el hecho de que el demandado



autorizara a la empresa para que le diera el viaje al demandante, máxime cuando este se realizaba previo acuerdo entre las partes, lo que implica que al demandante no se le imponía ni siquiera el lugar al cual debía realizar el viaje.

De otra parte, en lo que respecta a los pagos, se destaca que el actor admite que los anticipos del flete se los pagaba la empresa para la cual se hacia el viaje y luego que el actor descontaba los gastos del viaje, se quedaba con el dinero sobrante, para luego cruzar cuentas con el demandado. Situación que evidencia que más que un sueldo, el demandante tenía una participación respecto del valor pactado con la empresa como flete, acorde lo negociado con el demandado, al punto que cuando se le interroga igualmente sobre el flete, indica:

“El flete lo tenían establecido las empresas, un ejemplo de Rubiales a Barranquilla, digamos 9 millones y pedazo (sic) valía en ese tiempo, nueve millones doscientos, algo así, depende de la cantidad de galones que se cargara, ese es el flete total, entonces de nueve millones doscientos digamos ¿cuánto me tocaría a mí? 920 mil pesos, siendo el 10%, si yo le salía a deber del anticipo entonces se descontaba digamos, si yo le salía a deber trescientos mil pesos, entonces ya le ponía seiscientos noventa mil de sueldo, descontando los trescientos que yo le salí a deber a él,”

Dando un ejemplo claro del manejo de las cuentas en los siguientes términos:

“Un ejemplo vuelvo y digo, me daban 4 millones de anticipo, se gastaban tres millones seiscientos o tres millones setecientos, se supone que quedaban trescientos mil pesos a favor de ellos, ¿cierto? Porque eran cuatro millones lo que se había pedido de anticipo, entonces esos trescientos los tomaba yo para mis gastos y los descontábamos del valor total de mi participación del flete, del 10%, si eran novecientos mil pesos entonces salía debiéndoles trescientos a ellos y ya me quedaban seiscientos a mí”.

Igualmente expresa frente al tema de los anticipos este punto que, pese a que este debía ser autorizado por el demandado ante la empresa, su monto era concertado entre ambos, pues sobre este tópico refiere en el interrogatorio:

“Eso se tenía concertado con él, por ejemplo, vuelvo a decir como ejemplo ... le decía yo hay que pedir o él decía hay que pedir para mandar arreglar una llanta o para calzarle frenos, pida allá tanto, entonces yo pedía autorizado por él, yo nunca pedí un anticipo que no lo autorizara él”.

Asimismo, se pone de presente que el demandante en su testimonio no hace alusión a una sola orden que le diera el demandante, limitándose a indicar que todo lo que hacía era con autorización del demandado, cuando lo cierto es que el mismo declara, como ya se precisó, que la mayoría de las actividades eran concertadas entre ambos, mas no impuestas al demandante.



Dimana de lo enunciado que el vínculo contractual que subyació entre el libelista y *Jaime Calderón Niño*, no fue de naturaleza laboral pues de las afirmaciones del promotor se desprende que la actividad realizada como conductor se desplegó de forma concertada con el demandado y no bajo una continua subordinación, fungiendo el demandado como un mero intermediario entre el libelista y la empresa para la cual se realizaba el viaje, por lo que era este último, quien autorizaba que se realizaran los anticipos y se le asignaran los viajes al demandante, todo ello, previamente consensuado con el libelista. Lo que implica que nunca se le impuso o se le conminó a cumplir una orden o acatar una decisión adoptada unilateralmente por el demandado, como es propio en una relación en la que impera el elemento jurídico de la subordinación.

Por lo expuesto, habrá de ser revocado el fallo adoptado en primera instancia para en su lugar absolver al señor *Jaime Calderón Niño* de todas las pretensiones incoadas en su contra, por lo que se declarará probada la excepción de cobro de lo no debido, relevándose la Sala del estudio de los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera deberán correr a cargo del demandante.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a ambos demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido, relevándose la sala del estudio de los demás medios exceptivos, acorde lo expresado dentro de los considerandos de la presente decisión.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera deberán correr a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 **38 2017 00677 01**
Demandante: CAROLINA NIÑO FAJARDO
Demandado: PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en su representación a la Doctora *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con C.C No 31.486.436 y T.P 303.924.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 12 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Carolina Niño Fajardo*, formuló demanda en contra de *PORVENIR S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 1º de mayo de 1994, al no suministrar una información oportuna y completa; en consecuencia, se le ordene trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, junto con cualquier diferencia que surja para asegurar la financiación de su pensión de vejez.

1. 2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, adujo que inició sus aportes al antiguo ISS, y a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 empezó a recibir información de los fondos privados, en el entendido que era más beneficiario para pensionarse, ya que se podía definir su derecho sin necesidad de edad ni semanas, pero sin mencionársele que para obtener su estatus debía tener un ahorro del 110% en su capital, y sin que se efectuaran proyecciones de lo que debería ahorrar adicional a su salario.

Que ante la indebida información suministrada adoptó la decisión de trasladarse a *Porvenir S.A.* el 1º de mayo de 1994, sin que, con posterioridad a la misma, se le hubiese mantenido las supuestas garantías que inicialmente le fueron expuestas.

Por último, expuso que *Porvenir S.A.* nunca le emitió unas proyecciones sensatas sobre el estado de su ahorro, por lo que, al haber recibido una mala información, llegará a una edad en la que no estará capacitada para laborar y, por consiguiente, su derecho pensional se verá afectado, máxime si elevó peticiones a dicha administradora pensional con el fin de nulitar su traslado, sin que se haya accedido a lo pretendido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones si bien no se solicitó como extremo demandado con la presentación de la acción, el fallador de primera instancia la vinculó en forma oficiosa con el auto admisorio de la demanda de calenda 11 de diciembre de 2017 (Fl. 47), por lo que contestó la misma con oposición a las pretensiones, en el entendido que el traslado de la demandante se realizó con su plena voluntad, suscribiendo los respectivos formularios.

Precisó igualmente que la demandante tampoco es merecedora de trasladarse al RPM, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, dicha normativa regula la escogencia de regímenes y también la posibilidad de trasladarse cada cinco años contados a partir de la selección inicial, limitándose este derecho al faltarle diez años o menos para alcanzar la edad de pensión al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003.



Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

Por su parte, *Porvenir S.A.* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones puntualizando que el traslado de la demandante fue válido al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que previamente se le asesoró de manera amplia sobre las características del RAIS y el RPM según las leyes vigentes, por lo que de manera libre, espontánea y voluntaria decidió permanecer a este.

Puso de presente que la señora *Carolina Niño Fajardo* al no ser beneficiaria del régimen de transición, no es posible su regreso inmediato al RPM por cuanto no cumple con 750 semanas o 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, tal como se exige en las sentencias C-789 de 2002, SU-130 de 2013, SU-062 de 2010 y C-1024 de 2004.

Formuló las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de julio de 2019, absolvió a *Colpensiones* y *Porvenir S.A.* de las pretensiones formuladas, condenando en costas a la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que no se demostró que se hubiera mediado fuerza a la actora para obtener su consentimiento al momento de la suscripción del formulario de afiliación a RAIS, pues si bien esta en el interrogatorio de parte hizo alusión a que el móvil de dicha presión devenía de un acoso infringido por la misma *Porvenir S.A.* quien para su entonces era su empleadora, el constreñimiento aludido no se logró probar, por lo que la súplicas de la demanda no gozaban de vocación de prosperidad.



Que por el contrario, lo que sí se evidenció es que la afiliación de la actora no tenía un nexo de causalidad con el proceso de asesoramiento, pues a pesar de que adujo en su demanda que no contaba con la información necesaria y suficiente para tomar una decisión con base en una debida información, en el interrogatorio de parte rendido reconoció tener conocimiento de cuál era la edad en la que se podía pensionar en el RPM, que ese régimen se trataba de un fondo común y que en el RAIS iba a tener una cuenta individual con la que se financiaría su prestación, al igual que reconoció que en su condición de trabajadora dependiente de *Porvenir S.A.* tuvo acceso a mucha información relacionada con el RAIS, la cual no solo se obtenía con la información que era de su cargo por pertenecer al área de publicidad de la demandada, sino que ella devenía de los comentarios de los compañeros de trabajo y de los asesores de trabajo que permanentemente estaban en contacto con ella, luego no podría aducirse dentro de este contexto que la actora tuviera un desconocimiento absoluto de los términos que operaría el RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Argumentó su objeción en el hecho que la demanda se encuentra a un tema encaminado a la resolución de contrato, y este parte de la base que el contrato existe, es decir, que no hubo vicio en el consentimiento, sino que en virtud del artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, los contratos bilaterales pueden resolverse en caso de incumplimiento por uno de los contratantes.

Por tal motivo, *Porvenir S.A.* incumplió esta modalidad contractual al no haber suministrado la debida información para la suscripción del formulario de afiliación a RAIS, como quiera que se le asesoró en forma genérica sobre las percepciones y modalidades con las que se mantenían los fondos privados, pero sin informársele sus desventajas, tales como que si se quería pensionar con un salario superior al mínimo debía efectuar unos ahorros voluntarios y los diferentes cambio legislativos que se presentaban sobre el sistema de seguridad social en pensiones.

Por último, puntualizó que, si bien al momento de la suscripción del formulario de afiliación al RAIS trabajaba al servicio de *Porvenir S.A.*, esta situación no exime a



la demandada de del deber que tenía de informarle constantemente los aspectos de su pensión como los nuevos productos que se ofrecían junto con los cambios legislativos.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

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

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin



informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante,*



pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del



traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 29 de abril de 1994, que tuvo fecha de efectividad a partir del 15 de mayo de 1994 según se desprende de la certificación del sistema *SIAFP* de *Asofondos* (Fls. 103 a 104), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia *CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989*, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni la restante prueba documental da cuenta de ello. En efecto, el hecho de haber prestado el servicio para *Porvenir S.A.* y denotar del interrogatorio conocimiento generales del RAIS, lo cierto es que no se avizora que se le haya suministrado la debida información respecto de las repercusiones que en su caso particular implicaría el cambio de régimen, sin que sea dable extraer una confesión expresa del cumplimiento del deber de información. De igual manera, el deber de información no se cumple con el acceso a campañas publicitarias o comentario de compañero de trabajo, pues resultaba indispensable que se le pusiera de presente las ventajas y desventajas frente a su situación particular.



Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, por lo que a juicio de la Sala, el planteamiento efectuado por el *A-quo* en el entendido que la actora no logró demostrar sus dichos frente a una adecuada asesoría por parte de la administradora de fondos pensionales *Porvenir S.A.*, resulta inviable, en atención a que como ya se reiteró, no existe por parte de la demandada, prueba alguna que advierte que suministró información necesaria para el momento del traslado, supuesta que como consecuencia de los parámetros jurisprudenciales esbozados, encaja a que prospere el traslado de la señora *Carolina Niño Fajardo* al RPM administrado por *Colpensiones*.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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



Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En cuanto a las costas procesales, conforme con el artículo 365 del CGP, estas proceden en contra de quien haya sido vencido en juicio, siendo en el presente caso *Porvenir S.A.*, sin que las pretensiones se están refiriendo se traduzcan en una obligación de hacer.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primer grado correrán a cargo de *Porvenir S.A.*

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *CAROLINA NIÑO FAJARDO*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 29 de abril de 1994, tramitado por *PORVENIR S.A.*

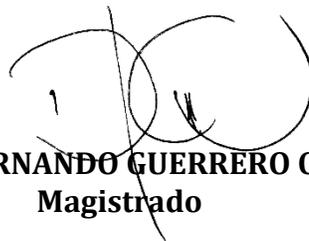
TERCERO: CONDENAR a *PORVENIR S.A.*, a trasladar a *COLPENSIONES*, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir todos los rendimientos, gastos de administración y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *COLPENSIONES*.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *CAROLINA NIÑO FAJARDO*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de *Protección S.A.*

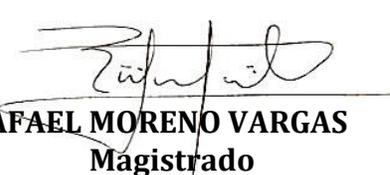
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **09 2017 00747 01**
Demandante: CLAUDIA MARCELA MORENO QUINTERO
Demandado: VIGILANCIA Y SEGURIDAD VISE LTDA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de junio de 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Claudia Marcela Moreno Quintero*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *Vigilancia y Seguridad Vise Ltda.*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo que tuvo como extremo inicial el 18 de junio de 2015, el cual fue terminado sin justa causa atribuible al empleador y por ende ineficaz, al no haber mediado autorización por parte del Ministerio del Trabajo.

Que en virtud de lo anterior, se le reintegre al cargo que venía desempeñando o en uno de mejores condiciones al no haberse atendido las recomendaciones laborales dadas por la EPS y ARL, así como que se le condene al pago de indexación, salarios dejados de percibir, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión junto con sus intereses, la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sanción por despido sin justa causa, y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que suscribió contrato de trabajo con la demandada el día 1 de junio de 2015 hasta el 11 de mayo de 2017, desempeñando el cargo de guarda de seguridad y devengando un salario de \$737.717, donde además se afilió al sindicato *SINTRAVIT* el día 11 de marzo de 2017.



Que el 12 de julio de 2015 tuvo un accidente en su puesto de trabajo por socorrer una persona, suceso que afectó su espalda, por lo que se trasladó a urgencias de su EPS y se le diagnosticó un lumbago, el cual le generó 2 días de incapacidad, accidente que tan solo vino a ser reportado a AXA Colpatria por su empleador el día 24 de julio de 2015, la cual registró dolor a la palpitación de musculatura e implicó terapias físicas.

En virtud de ello, la Aseguradora de Riesgos Laborales emitió concepto médico de aptitud laboral, en el que dictaminó que podía trabajar con recomendaciones, y más adelante, el día 13 de octubre de octubre se le ordenó una resonancia que arrojó el diagnóstico de *“Aumento de la Lordosis, Fisiología de la Columna Lumbar, Mínima Retrolistesis Grado 1 de la L4 sobre L5 y de la L5 sobre S1, Hernia Discal L4-L5 que contacta levemente las raíces nerviosas de L5 en los recesos laterales”*, lo que condujo a que se emitieran nuevamente recomendaciones y terapias físicas.

El 26 de abril de 2016, la ARL le evaluó nuevamente su pérdida de capacidad laboral y ocupacional sobre su patología, y el 14 de junio de la misma anualidad se señalaron nuevas restricciones laborales, por lo que se le remitió a su EPS para continuar con el tratamiento.

En lo que concierne al despido, adujo que el 11 de mayo de 2017 fue citada por la pasiva con el objeto de practicar un interrogatorio de parte dentro del expediente No. 3776, por una situación presentada el día 9 de mayo del mismo año en Cencosud Metro de la Autopista Sur, hecho por el que fue terminado su vínculo laboral donde además se adujeron fallas del año de 2016 tales como no portan dotación completa, evadirse del puesto de trabajo en dos oportunidades, irrespeto, actividades y elementos ajenos al servicio, situaciones todas que arguye fueron injustas, máxime su quebranto en salud.

Por último, indicó que con ocasión al despido, interpuso acción de tutela en contra demandada, en la que en sentencia proferida en segunda el 25 de agosto de 2017 por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, le fueron tutelados sus derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, de lo cual la demandada la reintegró el 25 de agosto de 2017, sin que a la fecha de presentación de la presente demanda, se le hayan pagado sus acreencias laborales de los meses junio, julio y agosto de esa anualidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Resaltó que la actora fue despedida por justas causas, como así quedó acreditado en el expediente disciplinario que se le adelantó, garantizándole su derecho de defensa y debido proceso, por lo que al habersele despedido bajo preceptos legales no goza de la estabilidad pretendida, sumado a que al momento del despido le fueron pagados todos los derechos laborales a que tenía derecho.

Respecto de la suscripción del contrato, manifestó que se celebró uno inferior a un año a partir del 19 de junio de 2015, pero como consecuencia del fallo de tutela, la actora en la actualidad se encuentra vinculada laboralmente.

Puntualizó que el 9 de mayo de 2017 en razón de las patologías de salud que presentaba, se le notificó por parte de la Jefe de Salud Ocupacional la asignación al puesto Apoyo Cencosud Metro Autopista Sur, lugar donde previamente se había realizado una verificación de parte del área de un profesional, cumpliendo con los requerimientos dados para el cumplimiento de las recomendaciones que se le emitieron, pero una vez notificada se rehusó a firmar dicho documento y se negó a prestar el servicio asignado, indicando que no lo suscribía por cuanto no le servía por razones del transporte, de ahí, que se iniciara el procedimiento administrativo objeto del despido, que reitera, fue terminado por causas legales.

Formuló las excepciones de inexistencias de las obligaciones, buena fe, inexistencia de capacidad, compensación y la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de junio de 2019, absolvió al extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, consideró que no existió duda que entre las partes se presentó un contrato a término fijo inferior a un año, desde el 19 de junio de 2015 hasta el 11 de mayo de 2017, desempeñando el cargo de vigilante, con un salario de \$737.717.

Seguidamente, concluyó que, atendiendo la jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al tema de estabilidad laboral reforzada, a la actora se le despidió con justa causa.



Ello en razón a que, si bien la demandante al momento del despido se encontraba con afectación en su salud de grado moderado, dicha afectación no fue limitante como quiera que la calificación que emitiera la ARL determinó que podía laborar con recomendaciones sin que estuviese incapacitada al momento del finiquito, las cuales fueron atendidas por la pasiva como así se acreditó dentro del plenario, sumado a que, no se evidenció que se le hubiesen negado permisos para asistir a citas médicas o terapias físicas, o se le haya dejado de cancelar aspectos de vital importancia como la seguridad social en salud o riesgos laborales.

En tal sentido, decidió que la única causa de la terminación fue la negativa de la demandante de cumplir la asignación de prestar sus servicios de guarda de seguridad en Cencosud Metro de la Autopista Sur ordenada por la empresa, como así se probó de la diligencia de descargos ordenada por la empresa, situaciones que se acompañan a una terminación justa de conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 62 del C.S.T. y lo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo.

En lo que respecta a las pretensiones de salarios y seguridad social para los meses de junio, julio y agosto de 2017, adujo que la decisión de estos pagos fue ordenada mediante sentencia de tutela que profiriera el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento, decisión sobre la cual no podía pronunciarse por cuanto quebrantaría el derecho de la cosa juzgada, sin poder entrar a darle interpretaciones a la misma, y si la parte demandante considera que existe un incumplimiento a tal decisión, debe ser a través de la vía jurídica pertinente que debe proceder a ejecutarla, precisando que, los conceptos de seguridad social fueron consignados en su totalidad como quedó acreditado en el plenario.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la apeló. Para lo de su cargo adujo que en atención a los postulados emanados por la Corte Constitucional en lo que respecta a la figura de la estabilidad laboral reforzada, es evidente que en este asunto el despido se dio con ocasión a la enfermedad que padecía la demandante, ya que tenía dolencias notorias como un lumbago crónico y dos hernias discales y por consiguiente, es una persona de especial protección, situación por la que no es atendible la potestad del *ius variandi* del empleador, ya que la limitación consiste precisamente en no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, sin que se haya tenido en cuenta que debía asistir a diversas terapias físicas, que gana un salario mínimo, y que sobre esa base no tenía ningún apoyo económico para asistir a las referidas terapias.



Además, insistió en que la demandada no canceló los salarios que se ordenaron por vía de tutela, por lo que en esta oportunidad deben pagarse, junto con la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T. como consecuencia del incumplimiento.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Habrà de determinarse, si la demandante es merecedora del reintegro pretendido, al haber sido su despido ineficaz, por cuanto gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada como consecuencia de la afectación en la salud padecida.

Igualmente, habrá de determinarse si es procedente el pago de los salarios alegados en el recurso de alzada, como la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

Para abordar los problemas jurídicos enunciados, vale la pena dejar asentado que no fue objeto de reproche por ninguna de las partes, la existencia del contrato de trabajo a término indefinido inferior a un año, el cual tuvo como extremo inicial el día 19 de junio de 2015 y final el 11 de mayo de 2017, donde la actora desempeñó el cargo de guarda de seguridad, y a la fecha del finiquito devengaba una asignación básica mensual de \$737.717, prueba de ello es la suscripción del contrato de trabajo, la carta de terminación de la relación laboral de calenda 11 de mayo de 2017 y la liquidación (Fls. 109 a 110, 111 a 112 y 179).

Tampoco el hecho que, a la demandante, el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en sentencia de tutela del 25 de agosto de 2017, la reintegró transitoriamente a su cargo por determinar que gozaba de la figura de



estabilidad laboral reforzada como consecuencia de sus afectaciones en salud (Fls. A 16).

Acorde con lo expuesto, se tiene que la accionante refiere ser beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de Ley 361 de 1997, toda vez que el contrato de trabajo fue terminado por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, y obedeció a su estado de salud, del cual tenía conocimiento la demandada en tanto existían recomendaciones para desempeñar su cargo de guarda de seguridad, sumado a que la ARL Axa Colpatria había calificado su afectación en salud con patologías tales como Contractura Muscular, Espondilolistesis, Otros Trastornos de los Discos Intervertebrales y Lumbago no especificado, ordenándose en sentencia de protección constitucional de 25 de agosto de 2017 su reintegro.

Ahora bien, inicialmente se debe acotar que el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera es claro que la Ley 361 de 1997, busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.



De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360-2018, Radicación No. 53304 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio lo siguiente:

*“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, **a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada**”.*

Los lineamientos mencionados están contenidos en sentencias como la radicada con 41845 del 18 de septiembre de 2012, 35606 del 25 de marzo de 2009, 36115 del 15 de marzo de 2010, SL14134-2015, Radicación No. 53083 del 14 de octubre de 2015, SL10538-2016, Radicación No. 42451 del 29 de junio de 2016, SL1360-2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, y recientemente en decisión SL2586-2020, Radicación No. 67633 del 15 de julio de 2020, en las que se establece que no se otorga la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad con el solo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, para el momento del despido, al igual que debe analizarse que la terminación se haya dado partiendo de causas lícitas ajustadas a la Ley.

Un entendimiento razonable de la anterior postura, señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente lo motivaron, sin que sea requisito *sine qua non* el acreditar una calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%.

En ese orden de ideas, para la prosperidad de las pretensiones de la demandante, se debía acreditar, como primera medida, el supuesto fáctico que la normativa en comento protege, esto es, que ninguna persona en situación de discapacidad sea



despedida o su *contrato terminado* por razón de su salud, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

En tal sentido, de las documentales que obran dentro del plenario, se precia que en efecto la demandante el día 12 de julio de 2015 presentó un accidente en horas laborales el cual arrojó un dolor lumbar como se constata de la historia clínica (Fls. 37 a 40), siniestro que fue reportado a la *ARL Axa Colpatria* el 24 de julio de 2015 (Fls. 49 a 44).

Debido a ello, la actora en adelante presentó distintas incapacidades como lo fue, las del 13 de enero y 24 de mayo de 2016 (Fls. 18 y 23), y recomendaciones para poder desempeñar su cargo, dentro de ellas una serie de terapias físicas con el uso de los implementos de protección necesarios de acuerdo al panorama de factores de riesgo (Fls. 49 a 51, 54, 55 a 65), adicional a que, el 12 de julio de 2015 fue calificada por la ARL, donde se le determinaron las patologías de Contractura Muscular, Espondilolistesis, Otros trastornos de los Discos Intervertebrales y Lumbago no especificado, teniéndose la primera patología de origen laboral y las demás como comunes (Fls. 6 a 75).

De dichas documentales, se puede inferir razonablemente, que si bien es cierto la trabajadora presentaba desde el mes de julio de 2015 una patología relacionada con dolores lumbares, y que producto de dicha lesión le fueron formuladas varias sesiones de fisioterapia, no se evidencia que para la fecha en que se configuró el despido, esto es, 11 de mayo de 2017, existiesen recomendaciones médicas que den fe de que la patología que presenta la accionante, le impedía o la limitaba en el desarrollo de sus funciones laborales, máxime que como se adujo en precedencia, a la actora no se dictaminó una pérdida de capacidad, sino que por el contrario, era apta para trabajar con recomendaciones.

En tal sentido, se puede concluir que las recomendaciones de pausas activas se determinan para todo tipo de trabajadores, pues resultan apropiadas para que aquel trabajador que padezca de dolencias por las diferentes afectaciones que se lleguen a presentar en el ámbito laboral, se rijan por unos parámetros para el desempeño de sus funciones.

También es cierto que la postura que se ha adoptado por la Corte Constitucional, en este sentido ha sido la consagrada en sentencia SU-049 de 2017, en la que señaló:



“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

De lo que se sustrae, que pese a no ser un requisito que el trabajador acredite una pérdida de capacidad laboral, no es menos cierto que cualquier limitación o detrimento del estado de salud del mismo le otorgue la estabilidad laboral reforzada, sino que se debe acreditar por activa que la enfermedad que padece le afecta o dificulta directamente el normal desempeño de sus funciones, situación que en el presente caso no acreditó.

Al no gozar la trabajadora de la prerrogativa antes mencionada, se tiene que el empleador actuó en su facultad legítima de despedir al trabajador con justa causa y sin necesitar el permiso del Ministerio de Trabajo.

Sobre este punto, se advierte que analizada dicha terminación, la pasiva la motivó el 11 de mayo de 2017, con el argumento que la señora *Claudia Marcela Moreno Quintero*, el 9 de mayo de 2017 había incurrido a faltas graves por el incumplimiento de sus funciones y obligaciones legales, violación a las prohibiciones contractuales y reglamentarias, ya que se le designó para prestar sus servicios como guarda de seguridad al puesto Cencosud Metro Autopista Sur, el cual previamente había sido verificado por el área de salud ocupacional, asignación u orden que se negó a cumplir, lo que denotaba la falta de compromiso e indisciplina para cumplir con las órdenes impartidas, y a su vez enmarcándose la conducta como justa de terminación del contrato al tenor de lo establecido en el artículo 62 de C.S.T., en concordancia con el reglamento interno de la empresa (Fls. 111 a 112).

La omisiva de la demandante para no cumplir con el puesto asignado, se denota de la comunicación que le hiciera la pasiva el día 9 de mayo de 2017, la cual da fe que a la actora se le asignó el puesto Cencosud Metro Autopista Sur debido a las recomendaciones que tenía como consecuencia de su afectación en salud, comunicado en el que suscribió de su puño y letra *“No firmo porque no me sirve por cuestión de Transporte”*, y derivado a tal aspecto, el 11 de mayo de 2017 la empresa procedió con la respectiva diligencia de descargos, en la cual la actora describió que la negativa de aceptar el cargo a ella asignado era porque le quedaba distante de donde se le practicaban unas terapias, y porque tenía que pagar 5 transportes diarios que le eran imposibles de sufragar debido a que devengaba el salario mínimo (Fls. 33 a 34).



De lo anterior, se puede concluir que la demandante se rehusó a aceptar el cargo asignado, máxime cuando el mismo se había dado en atención a las recomendaciones médicas que presentaba, por lo que su actuar se encaja como una irregularidad al cumplimiento de sus obligaciones conforme lo establece el numeral 6º del literal a) del C.S.T., el cual faculta a su vez de dar por terminado el contrato de trabajo, sumado al hecho que el reglamento interno del trabajo también contenía unas obligaciones y conductas de la misma estirpe en los artículos 38 – literales d) y e), 43 - numeral 1, 44 – numerales 2, 3, 4, 7, 14 y 35, y 50 – numerales 4, 11, 15 y 26; circunstancia por la cual, la Sala no accederá al reintegro pretendido.

Del pago de la indemnización moratoria y salarios pretendidos:

Alude la demandante que no le fueron cancelados los salarios de los meses de junio, julio y agosto de 2017, con ocasión de la orden de tutela que dispuso su reintegro transitorio por parte del Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, por lo que a la falta de pago deben sufragarse estos rubros, así como la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Al respecto la Sala concluye que tampoco le asiste razón al pretender como prósperas estas pretensiones, en tanto, como lo definió la Juez de primer grado, los emolumentos derivados de la orden de tutela deben ser protegidos precisamente dentro de dicho procedimiento, por lo que, de presentarse inconsistencias en sus pagos, es precisamente el Juez constitucional quien determine estos aspectos y no dentro del asunto que aquí nos ocupa, de lo que resulta impropio por consiguiente, que se adentre al estudio de la indemnización moratoria alegada.

Por todo lo anterior, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

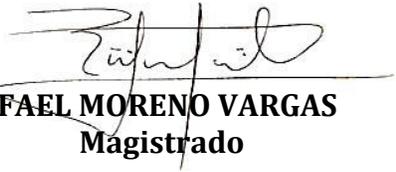
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 **07 2018 00034 01**
Demandante: MARTHA LUCIA ACOSTA RINCON
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Teniendo en cuenta el poder de sustitución allegado por *Colpensiones*, se reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de dicha entidad a la Doctora *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz* identificada con C.C No 31.486.436 y T.P 303924.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por *Colpensiones*, así como la consulta en beneficio de la misma, respecto de la sentencia proferida el 30 de mayo del 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Lucia Acosta Rincón*, formuló demanda en contra de *Protección S.A*, *Colfondos S.A* y *Colpensiones*, para que se declare la nulidad del traslado de régimen debido a la indebida asesoría e inducción en error a la actora, por el Asesor Comercial



de *Colfondos S.A.*; se declare la nulidad de la afiliación a *Protección S.A.* y se declare sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Medida con Prestación Definida.

En consecuencia, solicita se condene a *Protección S.A.* a la entrega de los bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones y reintegro por el cobro de servicios financieros; ordenó a *Colpensiones* que recibiera el valor de los aportes y al pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 20 de abril de 1960; se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 11 de febrero de 1999 mediante afiliación al *Colfondos S.A.*; que la AFP nunca le suministró la adecuada información, no le explicaron las ventajas y desventajas, además le aseguraron que desaparecería el Instituto de Seguros Sociales; que el 23 de octubre del 2017 la AFP le entregó el calculo de su pensión que asciende a \$752.814; radicó derecho de petición ante *Colpensiones* el 27 de octubre del 2017 solicitando el traslado a *Protección S.A.*; obteniendo la respectiva respuesta el 14 de diciembre del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que en el traslado de régimen no existió un vicio del consentimiento, pues fue ella de forma voluntaria quien decidió efectuar el traslado.



Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad y prescripción, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la genérica.

Por su parte *Colfondos S.A.* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones puntualizando no se puede procurar dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante con la vinculación formal a las AFP.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios en el consentimiento y la genérica.

A su turno *Protección S.A* se opuso a las pretensiones argumentando que la afiliación de la demandante es plenamente válida y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez.

Propuso como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación al RAIS con Protección S.A; buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por erro de derecho y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de mayo del 2019 declaró no probadas las excepciones propuestas, declaró ineficaz el traslado de régimen de la demandante y sus posteriores afiliaciones entre AFP; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con



Prestación Definida; ordenó a *Protección S.A* trasladar a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante; ordenó a *Colpensiones* recibir el traslado de fondo a favor de la actora y validar la historia laboral; así mismo, condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, señaló que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, a la AFP le correspondía la carga probatoria de demostrar la información adecuada, completa y oportuna a la actora al momento de la afiliación, situación que no se suplió con la suscripción del formulario de afiliación, pues no obra constancia de la información suministrada y la gestión de los asesores más allá del elemento comercial, esto es, que comportaran una explicación de las características de cada régimen.

Con fundamento en lo anterior, si bien no encuentra vicios en el consentimiento, atendiendo al incumplimiento del deber de información de cara a lo indicado por la H. Corte Suprema de Justicia, resulta lógico que se declare la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que se evidenció en el transcurso del proceso que no se deben emitir condenas a cargo de dicha entidad, pues no tuvo injerencia en la información que le hayan brindado las AFP a la demandante y tampoco se avizora que la demandante haya acudido ante dicha entidad solicitando información sobre las características del sistema, ni que la demandante hubiera echo uso de los beneficios que se podía acoger con la sentencia SU-066 del 2010, tampoco se evidencia en el expediente que se le hubiera hecho incurrir en un error por deber de información o que exista un vicio en el consentimiento. Además, reitera que el demandante estuvo por un término considerable en el cual pudo acudir a *Colpensiones* para que fuera nuevamente aceptada en el régimen, pues a partir del 2004 pudo solicitarlo y no lo hizo, perdiendo el derecho en el año 2007.



Por otra parte, la administración y reglamentación en materia pensional ha sido cambiante por razones macroeconómicas que, para la sostenibilidad del sistema y equilibrio, la administración no puede recibir a las personas que se salen de los parámetros de los 10 años.

De forma subsidiaria solicita la revocatoria de la condena en costas, en tanto ha actuado con sujeción estricta a los parámetros legales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado,



quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663



de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se*



predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 11 de febrero de 1999 a *Colfondos* (Fl 44) y del 1° de enero del 2004 a *Santander* hoy *Protección S.A* (Fl 142), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por lo anterior, no se acreditó por pasiva el cumplimiento del deber de información, lo que implica la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

De otra parte, en lo que respecta a la imposición de la condena en costas a *Colpensiones* basta indicar que estas operan de forma objetiva, conforme lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T ya la S.S, por lo que al resultar vencida en el proceso la mentada entidad resultaba lógico



que se impusiera la condena en costas a la misma, máxime cuando desde el inicio de la demanda se opuso a los pedimentos elevados en su contra.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de mayo de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral**

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 39 201800221 01
Demandante: LUIS GUSTAVO FONSECA RODRIGUEZ
Demandado: CANAL CAPITAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Atendiendo a que la Doctora *Judy Mahecha Páez* identificada con C.C. No 39.770.632 y T.P No 101.770 del CSJ presentó su renuncia como apoderada de la parte demandada, allegando prueba de la comunicación remitida a la encartada, conforme lo establece el artículo 76 del C.G.P, se tiene que la mismas surtió efectos 5 días después de su radicación electrónica en esta Corporación.

Así mismo, como quiera que la encartada allega el nuevo poder conferido al profesional del derecho, *Andrés Montoya Díaz* identificado con C.C No 71.369.139 y T.P No 180.401 se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de Canal Capital.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida el 16 de octubre del 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Gustavo Fonseca Rodríguez* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Canal Capital* a efectos que se declare la existencia de la relación laboral entre las partes del 2009 al 2017; en consecuencia del cual solicita se condene a la pasiva al pago de las prestaciones sociales, compensación de vacaciones, los valores insolutos por la Caja de Compensación Familiar; la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T; la sanción por no consignación de las cesantías; los aportes al Sistema General de Seguridad Social; la



devolución de las retenciones realizadas indebidamente y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que fue contratado por la encartada mediante diversas órdenes de prestación de servicios desde el 6 de marzo del 2009 hasta el 15 de enero del 2017; aduce que realmente existió una relación laboral sin que durante dicho interregno recibiera el pago de prestaciones sociales; que se presentó en la entidad para prestar sus servicios de forma autónoma e independiente como Asistente de Estudio de Canal Capital, y en general cuando la entidad lo requería conforme la naturaleza del servicio, recibiendo como última remuneración la suma de \$1.865.880; que el servicio lo debió prestar de forma personal, percibiendo mensualmente los pagos pactados, estando sujeto a subordinación con la imposición del reglamento, funciones, directrices de comportamiento y un horario; que debía desarrollar las funciones en las instalaciones de la demandada; finalmente que el 4 de julio del 2017 solicitó la declaratoria de la existencia de la relación laboral, pero la misma fue despachada de forma desfavorable con oficio del 12 de septiembre del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación, se opone a las pretensiones aduciendo que el vínculo existente entre las partes se enmarca dentro del Régimen Civil.

Propuso como excepción previa la que denominó falta de requisitos formales de la demanda y como de fondo las de ilegalidad en la actuación de canal capital, inexistencia del contrato laboral aducido por el demandante, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de octubre del 2019 decidió declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido del 6 de marzo del 2009 al 15 de enero del 2017; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y como no probadas la demás propuestas por la demandada; condenó a la pasiva al pago de \$10.452.387 por concepto de cesantías; \$3.297.332 por concepto de vacaciones; \$5.365.778 a título de prima de navidad y por concepto de sanción moratoria la suma de \$57.717 diarios hasta cuando se verifique



el pago de las sumas adeudadas; condenó a la pasiva al pago de los aportes a seguridad social ante el fondo de pensiones al cual se encuentre inscrito el demandante; condenó a la pasiva al pago de \$4.000.000 cumpliendo con el Acuerdo PSAA16 10554 del 5 de agosto del 2016 en concordancia con el artículo 366 del C.G.P.

Como sustento de su decisión aduce que en el presente proceso se demostró que el demandante prestó sus servicios de forma personal como Asistente de Estudio – Utilero, obrando en el expediente los correspondientes contratos de prestación de servicios suscritos por las partes en los cuales se establece el monto del contrato y las labores a cargo del actor; asimismo, obra el carné del demandante y certificaciones emitidas por la encartada. Así sale avante la presunción legal prevista en el artículo 20 del Decreto 2127.

De otra parte, encuentra la *a-quo* que los testigos le suministraron credibilidad al despacho, pese a la tacha interpuesta en su contra y con fundamento en su dicho, colige que es claro que las labores desarrolladas por el demandante estuvieron sujetos a subordinación, pues era el custodio de las cámaras y las llaves, que la mayoría de las actividades eran como asistente de estudio, hacer los montajes y desmontajes, ayuda y asistencia en el programa. Así las actividades desarrolladas por el demandante eran propias de las actividades de la encartada, luego no podía el Canal contratar dicha labor por más de ocho (8) años, siendo propio de las labores de la pasiva, máxime que no podía disponer de su tiempo pues debía estar al tanto de las labores en el estudio, no siendo suficiente que dejara todo instalado.

Refiere que no se dan las características para que se desarrolle un contrato de prestación de servicios, pues no son temporales y las actividades desarrolladas por el actor, eran propias del objeto fundamental de la demandada, pese a que este alegue que dentro de la planta de personal no existía dicho cargo.

Luego corrobora que entre las partes realmente existió un contrato de trabajo independientemente de los contratos de prestación de servicios, en virtud del principio de la primacía de la realidad desde el 6 de marzo del 2009 al 15 de enero del 2017.

De otra parte, previo a realizar la liquidación de las acreencias laborales, procede a estudiar la excepción de prescripción coligiendo que se encuentran prescritas todas las acreencias laborales causadas con antelación al 28 de agosto del 2014. Con excepción de las cesantías y la compensación de vacaciones.

De tiene como salarios para el año 2009 la suma de \$884.542, 2010: \$1.050.000, 2011: \$1.126.666, 2012: \$956.222, 2013: \$1228.888, 2014: \$1.944.999, 2015: \$1.617.096, 2016:



\$1.731.536 y 2017: \$1.731.636. Montos que fueron tenidos en cuenta para la reliquidación de los aportes a seguridad social.

Que no se evidencia soporte del pago de los dineros cuya devolución se reclama y, por ende, se absuelve a la pasiva de dichos montos. En lo que atañe a la sanción moratoria, aduce no existe prueba de la buena fe de la encartada, por lo que impone condena respecto a la misma.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en lo tocante a la prescripción, pues acorde al C.S.T esta se interrumpe respecto a toda la relación laboral en este caso desde el 6 de marzo del 2019 al 15 de enero del 2017, respecto de todo lo que no se reconoció en la sentencia.

A su turno, la pasiva presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no se reúnen los elementos para considerar que existe un contrato de trabajo, por lo que solicita se revoque el fallo y se declare que no existió un contrato de trabajo, sino varios contratos de prestación de servicios. Subsidiariamente, solicita la revocatoria del fallo en lo que tiene que ver con las prestaciones objeto de condena, por considerar que los mismos exceden lo solicitado en la demanda y lo indicado en la reclamación administrativa, *verbi gratia* lo tocante a la prima de navidad, así como la indemnización moratoria, pues existe prueba suficiente en el plenario de la buena fe, en tanto Canal Capital actuó con la convicción de que no existía irregularidad en los contratos suscritos con el demandante.

Asimismo, solicita se revoquen todas las condenas que no se encuentran contenidas en la demanda. De otra parte, aduce que no existió un único contrato de trabajo, sino varios. En cuyo caso, la excepción de prescripción estaría llamada a prosperar, no en la forma en que lo declara el Despacho sino de forma total respecto de los contratos iniciales, las cesantías y la compensación de vacaciones. Solicita se analicen los montos que se tienen como salarios por parte del *a quo*, por considerar que no se consignan con los promedios que se consignan dentro del expediente.

En lo que tiene que ver con la revocatoria del contrato realidad, se aparta de los argumentos del Despacho y la valoración de las pruebas, pues aquello que el Juzgado considera que la versión fue espontánea, transparente, lo que demuestra es que existen claras inconsistencias que no permiten probar la subordinación y los horarios. Que las tachas están llamadas a prosperar, pues tienen un abogado en común, se demuestra que han sido



testigos en otros procesos.

Frente al argumento de la continuidad en el servicio, se debió tener en cuenta el contenido de la carpeta en la que se evidencia todos los documentos aportados por el demandante para ser contratado y que evidencia que no existió continuidad en el servicio, pues el actor debía presentar una serie de documentos que acreditaran su calidad como independiente.

Que no hubo subordinación sino coordinación, conforme lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. No se considera cierto que este acreditada la subordinación, pues los testimonios no son contestes y existen serias contradicciones.

En lo tocante a la certificación lo único que da cuenta es que el actor prestaba un servicio y que no era parte de la planta de personal de la empresa, en lo tocante a la temporalidad, se debió tener en cuenta el término de cada contrato, estando dentro de los parámetros previstos en la Ley 80 de 1993.

No está de acuerdo con que las labores fueron homogéneas pues ello no concuerda con lo establecido en los contratos de trabajo y lo manifestado por los testigos, pues es claro que el área técnica se contrató con terceros, solicita tener en cuenta la documental de folios 24 a 80 que dan fe de la buena fe de la pasiva y los compromisos adquiridos por el demandante en calidad de independiente, y como acreditó tal calidad, mediante la suscripción de las respectivas pólizas.

Ahora, lo que sí se demuestra con las documentales y la confesión del actor es que durante todo el tiempo de suscripción de los contratos fue acreditar su calidad de contratista independiente y bajo esa actividad se realizaron todas las contrataciones, no se acreditó que no pudiera tener reemplazo, máxime que en los contratos de prestación de servicios existen pólizas para acreditar el pago de aportes a seguridad social, en el caso de contratar a terceros.

En lo que tiene que ver con los aportes a seguridad social, solicita se tengan en cuenta los aportes realizados por el actor, como quiera que el origen del servicio es el mismo y fue el que dio lugar a la condena, por tanto, se deben considerar los pagos ya efectuados por el actor.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, (i) si entre las partes existió un contrato de trabajo y en caso de prosperar (ii) establecer el monto del salario devengado por el libelista, (iii) si la *a-quo* profirió condena por acreencias laborales distintas a las peticionadas en la demanda, (iv) si no debe ser condenada a la totalidad del pago de los aportes a seguridad social, (v) si la pasiva actuó de buena fe y con fundamento en ello debe ser absuelta de la sanción moratoria y (vi) si operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

c. Del Vínculo Laboral:

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe indicar la Corporación es que la hoy convocada a juicio, *Canal Capital* fue creada mediante el Acuerdo 19 de 1995, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Distrital, vinculada a la Secretaría de Cultura, Recreación y Deportes.

Luego, debe rememorarse que es la ley y no la voluntad de las partes, la que define cuando un servidor oficial es trabajador oficial o empleado público, por lo que incluso el trato como trabajador oficial que eventualmente haya dado la entidad empleadora, no es criterio válido para definir tal aspecto. En el caso presente, la entidad demandada es una *Empresa Industrial y Comercial del Estado*, las cuales, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3135 de 1968 por regla general sus empleados ostentan la calidad de trabajadores oficiales, con excepción de aquellas personas que según los Estatutos ostenten la calidad de Empleados Públicos por desarrollar actividades de dirección o confianza.

En el caso en particular el Acuerdo 04 de 1998, previó dentro de los Estatutos de la accionada lo siguiente:

“Todos los servidores públicos que presten sus servicios a la sociedad, tienen el carácter de trabajadores oficiales con excepción de quienes desempeñen los siguientes cargos, que serán considerados como empleados públicos.

“Gerente General de Entidad Descentralizada.

“Subgerente General de Entidad Descentralizada.

“Secretario General de Entidad Descentralizada.



“Jefe de Oficina Asesora Jurídica.

“Jefe de Oficina Asesora de Control Interno”.

En el presente caso, el demandante prestó sus servicios personales, mediante la suscripción de sendos contratos de prestación de servicio del 6 de marzo del 2009 hasta el 15 de enero del 2017, conforme se puede corroborar con los contratos militantes a folios 24 a 87 y la certificación de sus adiciones que milita a folios 22 a 23, en virtud de los cuales se constata que el demandante se desempeñó en el cargo de Asistente de Estudio y Utilero.

No obstante, de conformidad con el principio de primacía de la realidad, estatuido en el artículo 53 Superior, se tiene que los testigos *José Agustín Suárez, Luis Fernando Cuesta y Rafael López*, quienes laboraron para la encartada en diferentes épocas concuerdan en manifestar que el demandante desarrollaba sus actividades algunas veces en el set y otras en las locaciones exteriores, siendo el encargado de instalar la escenografía y las cámaras, además realizaba actividades como asistente de cámaras, audio y utilero; que las labores debía desarrollarlas acorde a la programación fijada por la entidad, precisando que para las actividades en estudio habían dos turnos, uno en la mañana y otro en la tarde, pero las que se realizaban en locaciones externas dependían de la hora que fuera fijada y que para ausentarse debían pedir permiso; e igualmente, precisaron que todas las labores técnicas eran desarrolladas por contratistas.

Ahora bien, en efecto avizora la Sala que tal como se aduce en la alzada los testigos fueron tachados por cuanto todos confesaron que tenían una demanda en contra de la convocada a juicio y que también fungían como testigos en otros procesos contra la convocada a juicio. No obstante, tal tacha en modo alguno comporta que no deban ser tenidas en cuenta sus declaraciones, sino que impone para el fallador un mayor rigorismo en su análisis, como de contera ha sido explicado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, como en efecto se procederá a hacer en la presente decisión en la cual se analizaran los mismos, en concordancia con los demás medios probatorios. Así en sentencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 3721 del 2019, Radicado No 69418, recordó:

“Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar” (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01),”



Sobre este punto, en efecto avizora la Sala que los testigos incurrieron en algunas imprecisiones relacionadas con los horarios de trabajo que existían en el set, no obstante, tal desatino no puede invalidar su declaración, máxime cuando todos fueron claros en enfatizar en la existencia de un turno en la mañana y otro en la tarde, por manera que la discrepancia se limita a las horas indicados, sin que tal hecho tenga mayor relevancia para la Sala.

Otra de las imprecisiones de los testigos a la que alude la recurrente en la alzada, es la atinente al jefe del demandante, sin embargo, de un análisis integral de los testimonios se avizora que si bien solo *Luis Fernando Cuesta* y *José Luis Suárez* indican que la persona a cargo en el estudio y de la programación era *Lina Moreno* y que en las labores desarrolladas en el exterior, la persona a cargo era el ingeniero o productor, e incluso el señor *José Luis Suárez* afirmó que él era la persona que controlaba el horario y actividades desarrolladas por el demandante cuando debía ejecutarlas en la Unidad Móvil; mientras que el testigo *Rafael López* indicó que el jefe inmediato era el supervisor del contrato. Afirmaciones que, si bien no son del todo concordantes, tampoco pueden desvirtuar su dicho, máxime cuando de la declaración de por lo menos dos de los testigos se puede corroborar que en efecto el demandante estaba sujeto a las órdenes impartidas bien por *Lina Monero* en el set o por la persona a cargo de las actividades desarrolladas al exterior del set.

Una vez determinado lo anterior, se debe señalar que se acreditó además con la documental antes analizada y las referidas declaraciones, la prestación personal del servicio, lo que da lugar a activar la presunción de existencia del contrato contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, y si bien por pasiva se aduce la existencia de una relación atada a los contratos de prestación de servicios y la ausencia de los elementos propios de una relación laboral, por cuanto el actor aportaba para cada contrato la documental que se le exigía como contratista y admitió en el interrogatorio de parte que el mismo realizaba los aportes a Seguridad Social y que suscribió una póliza de cumplimiento para el desarrollo del contrato, lo cierto es que en las relaciones de trabajo prevalece la realidad antes que la formalidad, luego más allá de lo que indiquen los documentos aportados o los requisitos que haya exigido la pasiva al promotor para poder suscribir los mentados contratos de prestación de servicios, conforme se dispuso en el artículo 53 Superior y como en forma certera tuvo oportunidad de analizarlo la Corte Constitucional en sentencia C- 154 del 19 de marzo de 1997, al declarar la exequibilidad parcial del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, justo resulta estarse a la realidad contractual, esto es a la forma en que efectivamente fue desarrollado el contrato entre las partes.



Es por ello que, para determinar la verdadera naturaleza contractual de esa vinculación, la Sala analizó el conjunto probatorio, encontrando que desde el 6 de marzo del 2009 al 15 de enero del 2017, el demandante fungió como trabajador oficial de *Canal Capital*, toda vez que no se desvirtuó la subordinación, carga que, contrario a lo dicho por el recurrente al referir que el demandante no había probado la subordinación, le correspondía a la parte demandada y no logró probarla, máxime que los testigos ya mencionados, dieron cuenta que el accionante estaba sujeto a las órdenes que le impartían, debiendo desarrollar sus actividades en el lugar y a la hora establecida por la pasiva, con los elementos de trabajo de propiedad de *Canal Capital* y bajo la continua subordinación de esta.

Manifestaciones que resultan coherentes y válidas, pues se trata de personas que conocieron de forma directa la labor del demandante por tratarse de compañeros de trabajo, quienes tuvieron la oportunidad de conocer los pormenores de dichos servicios.

A más que las labores encomendadas al actor, tal como lo indicó el fallador de primera instancia, esto es como Utilero y Asistente de Estudio, dada su naturaleza, impedían que fueran desarrollados de forma autónoma e independiente como lo pretende enervar la encartada en este juicio.

Asimismo, es patente que las funciones ejecutadas por el demandante no resultaban ajenas al giro normal de las actividades a cargo de la pasiva y que no fueron desarrollados de forma ocasional, como lo intenta hacer ver la pasiva, pues el hecho de que fueran desarrolladas en el marco de 27 contratos de prestación de servicios, no desmeritan el hecho de que fueran ejecutadas de forma continua e ininterrumpida por espacio de 8 años, lo que en efecto da cuenta del claro incumplimiento de los parámetros de contratación previstos en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como acertadamente lo adujo la falladora en primera instancia, en tanto no se trataba de actividades que requirieran de conocimientos especializados o que no pudieran ser desarrolladas por personal de planta de la entidad, indistintamente de lo indicado en la certificación de folio 175. Pues se itera, en este tipo de casos el Operador Judicial, no puede estarse a lo que refieran en la literalidad los contratos de prestación de servicios, ni los documentos que fueron allegadas en el marco del contrato, sino a los hechos que dan cuenta de la forma en que se ejecutó el contrato y que permiten al fallador bajo las reglas de la sana crítica y la experiencias llegar al libre convencimiento de la existencia del vínculo laboral, en este caso se itera, por evidenciarse el lleno de los elementos esenciales del contrato de trabajo contemplados en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1990.



Conforme a lo anterior, la Sala encuentra que la entidad no logró desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, pues demostrada la prestación del servicio y acreditadas las condiciones subordinantes en que desarrolló las labores el promotor del juicio se concluye que la vinculación en realidad obedeció a un contrato de trabajo.

Finalmente, en lo atinente a los extremos de la relación laboral, se tiene que pese a que la demandada insiste en que no existió un único contrato sino varios, reitera la Sala que el hecho de que el promotor suscribiera 27 contratos de prestación de servicios para ejecutar sus labores para la pasiva, no implica que cada uno de estos fuera un vínculo laboral distinto, máxime cuando se desarrollaron de forma sucesiva e ininterrumpida según se acreditó en el plenario.

d. De la revisión de condenas impuestas en primera instancia:

1. De los salarios:

Dada la inconformidad planteada en el recurso de alzada por la convocada a juicio, procedió la Sala a realizar un análisis del monto pactado en los respectivos contratos de prestación de servicios suscritos por las partes (Fls 14 a 87) y los montos de los honorarios que certificó la pasiva percibió el demandante durante la relación laboral (Fl 183), logrando corroborar que en efecto el salario promedio para cada anualidad fue: para 2009 de \$884.542; para 2010 de \$1.050.000; para 2011 \$1.126.666; para 2012:\$956.222; para 2013:\$1228.888, 2014:\$1.944.999, 2015:\$1.617.096, 2016:\$1.731.536 y 2017:\$1.731.536.

Así pues, resultan acertados los montos dispuesto en primera instancia como salario del demandante para cada anualidad. Por lo que deviene lógica la confirmación de este punto.

2. De las acreencias laborales:

En lo que a este tópico comporta, la inconformidad de la convocada a juicio se ciñe a que en primera instancia se fulminó condena respecto a montos que no fueron peticionados en el libelo genitor.

En aras de constatar la veracidad de tal afirmación la Sala procedió a estudiar el libelo genitor obrante a folios 127 a 137, constatando en el mismo que en el *petitum* la parte actora solicitó textualmente el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses de cesantías, compensación vacaciones, la prima de servicios y la sanción moratoria.



Siendo ello así, es dable afirmar que en efecto la actora jamás solicitó el reconocimiento y pago textual de la prima de navidad, además los fundamentos de derecho enunciados como sustento del reconocimiento y pago de las acreencias laborales, así como la sanción moratoria, fueron las disposiciones legales que las consagran en el C.S.T y la ley 50 de 1990, más no, las normas llamadas a gobernar las relaciones laborales de los trabajadores oficiales.

Sin embargo, tal dislate, no impedía al fallador de primera instancia conceder a la promotora las acreencias laborales que le asistían a la demandante, pero basándose en las leyes que rigen a los trabajadores oficiales, pues conforme lo indican los numerales 5° y 6° del artículo 42 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.G.P, es deber del juez interpretar la demanda de manera que le permita definir el fondo del asunto, siempre que se respete el derecho de contradicción o el principio de congruencia, al punto que aun cuando no exista norma llamada a gobernar el caso o que resulte oscura o incompleta debe aplicar aquella que regule las situaciones o materias semejantes.

Aunado a lo anterior el juez en primera instancia esta revestido de las *facultades ultra y extra petita*, conferidas por el artículo 50 del C.P.T y la S.S, que le permiten ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos a los pedidos, en tanto los hechos que dieron lugar a su causación sí fueron discutidos a lo largo del proceso, por manera en que no puede endilgársele ninguna falta por fulminar la condena al pago de la prima de navidad, cuando si bien en la demanda de forma expresa no se aludió a esta, si se solicitó el pago de la prima de servicios de junio y diciembre, además de sostenerse en los supuestos de facto la falta de reconocimiento de las acreencias laborales y prestaciones sociales originadas en el contrato de trabajo.

Bajo esta óptica, es claro que el fallador de primera instancia no se extralimitó al fulminar condena por concepto de las prestaciones sociales con fundamento en las normas regulan la actividad laboral de los trabajadores oficiales.

e. De la Sanción Moratoria:

Frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese



causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato.

No obstante, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables.

Es justamente este elemento el que solicita valorar la recurrente, pues alega que el no pago de las acreencias laborales devino del errado convencimiento de mantener un contrato de prestación de servicios con el demandante, argumento que sea del paso indicar en modo alguno tiene la potestad de acreditar la buena fe de la pasiva como de antaño ha venido adoctrinando la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, entre otras en la sentencia SL 587 – 2013, Rad. 41936 del 21 de agosto de 2013, así mismo en sentencia en sentencia del 26 de octubre de 2016, Radicación 47870, señaló sobre el particular que:

“los contratos aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole”.

Luego, lógico resulta colegir que la pasiva no logró acreditar la buena fe alegada, con el objeto de resultar absuelta de la sanción moratoria que le fuere impuesta en primera instancia.

f. De los aportes a Seguridad Social:

Solicitó la parte actora se condene a la entidad, a pagarle lo correspondiente a lo pagado por concepto de aportes a Seguridad Social en Pensiones, pretensión a la cual accedió la Juez de primera instancia.

Sobre este punto es preciso indicar que, en el presente caso, se acreditó que la pasiva no afilió la actora como trabajador en vigencia del contrato de trabajo, por lo cual afirma el demandante que cotizó como independiente.



En tal sentir, acreditado el vínculo laboral resulta lógico que se le imponga a la demandada la obligación de asumir el reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social dejados de realizar durante el curso del contrato de trabajo, conforme lo dispone el artículo 22 de la ley 100 de 1993, sin que sea dable entrar a deducir de la obligación a cargo del empleador los montos asumidos por el demandante en calidad de independiente.

Con todo, dado que corre a cargo del trabajador asumir el 4% del aporte a seguridad social en pensiones, sería procedente descontar de la obligación impuesta a la pasiva, dicho monto con cargo a los aportes realizados como independiente por el demandante. No obstante, resulta imposible fulminar la condena bajo esta óptica, como lo petitiona la encartada, en la medida en que no se allegó al proceso prueba alguna de los aportes a seguridad social realizados por el actor. Lo que impide que se modifique la condena impuesta a la pasiva en los términos establecidos en primera instancia.

g. De la prescripción:

En lo que a este tópico concierne, recuerda la Sala que en materia laboral el término de prescripción es de 3 años contados des de la fecha en que la obligación se hizo exigible, acorde lo reglado por el artículo 488 del C.S.T; el cual puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple escrito presentado por el trabajador al empleador (Art. 489 del C.S.T).

Ahora bien, en *el sub-examine* la relación laboral feneció el 15 de enero del 2017, así pues, dado que el demandante presentó la reclamación a la encartada hasta el 28 de agosto de 2017 (Fl 4) y en tanto, radicó la demanda que hoy nos ocupa el 19 de diciembre del 2017, Deviene lógico afirmar que alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción, respecto de las acreencias laborales causadas con antelación al 28 de agosto del 2014, como de forma acertada lo adujo la falladora de primera instancia.

Siendo ello así, debe precisar la Sala que no le asiste la razón a la parte actora en su recurso de alzada al aludir que ninguna de las acreencias laborales se encuentran prescritas, por cuanto no es cierto que la exigibilidad de las mismas se generó hasta la data de terminación del vínculo laboral, como lo parece entender el promotor en la alzada, pues con excepción de las cesantías, todas y cada una de estas se va haciendo exigible durante la vigencia de la relación laboral, con arreglo a las fechas en que el legislador previó su obligación de pago.

Dimana de lo antes preceptuado que, en efecto se encuentran parcialmente prescritas las obligaciones laborales reclamadas en el presente proceso, en los términos acertadamente establecidos en primera instancia.



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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

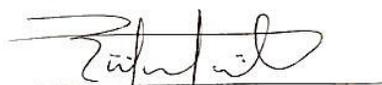
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 05 2018 00236 01
Demandante: JESUS EDUARDO MUÑOZ SILVA
Demandado: COLPENSIONES y OTRA
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A*, en contra de la sentencia proferida el 4 de junio de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Jesús Eduardo Muñoz Silva*, formuló demanda en contra de *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, para que se declare la ineficacia de su afiliación a la AFP y la vigencia de su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Consecuencialmente solicita se condene a *Porvenir S.A* a comunicar a *Colpensiones* de la ineficacia de la afiliación y trasladar a la misma la totalidad de los aportes cancelados desde diciembre del 2000, con los rendimientos generados, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 28 de agosto de 1955; cotizó para el otrora Instituto de Seguros Sociales del 9 de agosto de 1982 al 18 de marzo de 1995; prestó sus servicios para la ESE Hospital Arsenio Perizo Vanegas en San Agustín entre el 14 de agosto de 1978 a noviembre de 1979; a la Caja Nacional de Previsión Social del 20 de marzo de 1984 al 30 de abril de 1985 y del 29 de enero de 1986 al 19 de noviembre del mismo año; el 28 de noviembre del 2000 solicitó su



traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que el asesor de la AFP no le brindó la correspondiente información, no le hizo una proyección de su pensión, ni le explicó las ventajas y desventajas; que el 5 de abril del 2018 presentó solicitud de nulidad ante *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, frente a lo cual mediante correo del 11 de abril del 2018, *Porvenir S.A* indicó que al demandante se le brindó la correspondiente asesoría e igualmente, el 5 de abril del 2018 *Colpensiones* da respuesta a la solicitud denegando lo peticionado por el actor.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opone a los pedimentos aduciendo que el demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del I.P.C, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica.

Por su parte, *Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones como quiera que al momento de la afiliación agotó todos los requisitos legales que para la época de afiliación eran exigibles.

Formuló las excepciones las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de junio del 2019, declaró la nulidad del traslado de régimen realizado por el demandante a través de *Porvenir S.A*; ordenó a la AFP trasladar a *Colpensiones* el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración; y a *Colpensiones* a recibirlos procediendo a actualizar la historia laboral; declara no probada las excepciones propuestas y condena en costas a la AFP.



Para arribar a dicha conclusión, tuvo en cuenta el *a-quo* el criterio jurisprudencial expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en casos como el presente y acorde al mismo, recodó el deber de información que recae sobre las AFP, corriendo a cargo de estas el deber de acreditar el cumplimiento del mentado deber.

Precisando que el deber de brindar la suficiente información se encuentra contemplado en la ley desde la expedición del Decreto 720 de 1994, por tanto, para la data del traslado era claro que la obligación existía.

Así las cosas, decide declarar la nulidad del traslado por cuanto la administradora no demostró haber suministrado al actor la información suficiente y completa sobre el particular.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo Porvenir S.A* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se evidencia que no se encuentra viciado el traslado, pues no se incurrió en ninguna prohibición legal, además el demandante no había adquirido derecho alguno al momento del traslado ni era beneficiario del régimen de transición, máxime que la voluntad de permanencia se reafirma con las semanas cotizadas, y el traslado entre AFP, como intención de mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Agrega que tampoco se acreditó ninguno de los vicios del consentimiento, conforme lo dispone el artículo 167 del C.G.P, lo cual no se supe con simplemente alegar el incumplimiento del deber de información y las consecuencias del traslado las prevé la Ley 100 de 1993.

Que el demandante tuvo la oportunidad de retractarse del traslado de régimen con la expedición del Decreto 3800 del 2003, para lo cual se expidió la circular 01 del 2004, brindando amplia información en medios de comunicación sobre los beneficios de régimen y las posibilidades del traslado, para esto se aportó junto con las contestación de la demanda el edicto emplazatorio en periódico de amplia circulación, además que cada régimen tiene aspectos favorables, por ello el ordenamiento jurídico le otorgó la facultad de elección al afiliado, sobre las cuales se pronunció la Corte Constitucional, sin que pueda invalidarse por vía jurisprudencial.



IV. CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

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

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

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

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



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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del*



deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 28 de noviembre de 2000 (Fl. 92), formulario que, si bien



refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni la restante prueba documental da cuenta de ello.

Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, por lo que a juicio de la Sala, el planteamiento efectuado por el *A-quo* en el entendido que la actora no logró demostrar sus dichos frente a una adecuada asesoría por parte de la administradora de fondos pensionales *Porvenir S.A.*, resulta inviable, en atención a que como ya se reiteró, no existe por parte de la demandada, prueba alguna que advierte que suministró información necesaria para el momento del traslado, supuesta que como consecuencia de los parámetros jurisprudenciales esbozados, encaja a que prospere el traslado del actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

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

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de junio de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 32 201800301 01
Demandante: JESSICA NATHALIA GUTIERREZ MEDINA
Demandado: EMPROING LTDA Y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 5 de septiembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Jessica Nathalia Gutiérrez Medina* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Emproing Ltda. y Laminared S.A.S* a fin que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido del 19 de enero del 2016 al 29 de diciembre del 2016, cumpliendo un horario de trabajo de 7:30 a.m a 2:00 p.m, con un último salario de \$1.250.000, el que terminó por justa causa imputable al empleador, habiendo cancelado las prestaciones sociales de manera tardía el 8 de mayo del 2017.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, los perjuicios morales causados, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, así como las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que las empresas demandadas son de propiedad de los hermanos *Johnny Burgos y Alejandro Burgos*; que desde el 19 de enero de 2016 ingresó a laborar para la sociedad *Emproin Ltda.*; que fue vinculada mediante un contrato de obra o labor determinada, que no obstante ello a pesar que se le



especificó cual era el proyecto que se iba a desarrollar, nunca se determinó el tiempo para su ejecución; desempeñó el cargo de Inspectora Siso en la obra City U, cumpliendo una jornada laboral de 48 horas semanales; que recibía una remuneración en cuantía de \$1'250.000 pagaderos en quincenas de \$625.000, pagos se hacían por la plataforma "Daviplata"; que el 23 de marzo de 2016 se enteró por una ecografía realizada que concebía un embarazo múltiple gemelar, en condición de alto riesgo, lo que informó a la gerencia de *Emproin Ltda.* de forma verbal y posteriormente por escrito el 25 de abril de 2016; que con ocasión del embarazo fue reubicada para montar el sistema de gestión para ambas empresas, para lo cual debía viajar a Funza dos o tres veces a la semana, indistintamente el día y los demás días ejecutaba sus labores en su casa de manera virtual; que se sintió acosada laboralmente, dado que el 4 de mayo de 2016 le hicieron un llamado de atención con copia a la hoja de vida cuando llevaba apenas 3 días de reubicación; que el 17 de mayo de 2016 le hurtaron su celular lo cual informó al señor *Johnny Burgos* y solicitó que el pago no se le hiciera a través de la aplicación de celular, a pesar de ello el pago se realizó a través de la aplicación, por lo cual la demandante no pudo acceder al salario oportunamente; que el 25 de mayo de 2016 le hicieron un segundo llamado de atención con copia a la hoja de vida; que había solicitado una visa para Inglaterra y el 26 de mayo de 2016 se le notificó por parte de la embajada de dicho país que se le negaba al verificar la información de su lugar de trabajo; que el 2 de junio de 2016 se le hizo un tercer llamado de atención con copia a la hoja de vida, y el 3 de junio de 2016 se le hizo un cuarto llamado de atención por inasistencia a una cita con la administradora de riesgos laborales, fecha para la cual se encontraba hospitalizada; que el 3 de junio de 2016 fue hospitalizada en la clínica San Rafael y el 4 de junio de 2016 inició trabajo de parto, sin embargo fallecieron sus hijos.

Como consecuencia de dicha incapacidad se le cancelaron los pagos respectivos; que el 23 de junio de 2016, el señor *Johnny Burgos* le solicitó entregar los registros civiles de defunción de sus dos hijos para hacerle entrega de un supuesto auxilio funerario, pese a lo cual el 22 de julio de 2016 solicitó al Ministerio de Trabajo permiso de terminación del contrato por llegar a su finalización la obra para la cual había sido contratada; que el 14 de septiembre de 2016 la Inspección de Trabajo citó a la demandante a diligencia administrativa de carácter laboral para el 9 de noviembre de 2016, sin tener conocimiento para que era citada; que el 9 de noviembre de 2016 se realizó interrogatorio a la demandante por parte de la Inspección de Trabajo, enterándose en ese momento que se trataba de una solicitud para la terminación del contrato de trabajo; que el 26 de diciembre de 2016 le llegó una notificación por parte de la empresa



mediante la cual le informan que habían decidido no renovar el contrato y que desde el 29 de diciembre de 2016 se daba por terminada la relación laboral.

Que el 7 de marzo de 2017 el señor *Johnny Burgos* citó a la demandante al centro comercial Avenida Chile, en donde le solicitó que le permitiera pagar la liquidación a cuotas y que le firmara un paz y salvo sin que se realizara el primer pago, frente a lo cual no hubo acuerdo; que el 17 de marzo de 2017 se hizo una consignación a la cuenta de la demandante por valor de \$575.000; que el 5 de abril de 2017 presentó derecho de petición ante el Ministerio de Trabajo solicitando sus derechos prestacionales y demás acreencias laborales; que el 17 de abril de 2017 se realizó una consignación por el valor de \$575.000, sin especificar por qué concepto; que el 21 de abril de 2017 el Ministerio de Trabajo ordenó el archivo de la solicitud para adelantar el trámite de autorización de terminación de contrato de trabajo; que el 2 de mayo de 2017 se hizo una tercera consignación en la cuenta de la demandante por el valor de \$575.000 y el 8 de mayo de 2017 se hizo una consignación por valor de \$1'555.000 sin especificar por qué conceptos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La empresa *Proyectos de Ingeniería Ltda. - Emproing Ltda.* se opone a las pretensiones aduciendo que no se encuentra respaldado en los hechos y el actuar de mala fe de la extrabajadora al abusar del derecho, alegando la existencia de un contrato realidad.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del contrato realidad, cobro de lo no debido e inexistencia por falta de causa legítima para solicitar indemnizaciones, falta de causa para demandar perjuicios morales y mala fe.

A su turno la empresa *Laminared S.A.S* se opuso a las pretensiones alegando de igual manera la existencia de un contrato realidad. Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del contrato realidad, cobro de lo no debido e inexistencia por falta de causa legítima para solicitar la indemnización moratoria, falta de causa para demandar perjuicios morales y mala fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 5 de septiembre del 2019 decidió declarar probadas las excepciones de inexistencia del contrato realidad, cobro de lo no debido, inexistencia por causa legítima para solicitar indemnización y falta de causa para demandar perjuicios morales formuladas por las demandadas conforme las consideraciones expuestas; existencia de un contrato por obra o labor determinada entre la empresa *Emproing Ltda.* y la demandante por el periodo comprendido del 19 de enero al 29 de diciembre del 2016 y absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión manifestó el *a-quo* respecto de la existencia de la relación laboral, que el contrato de obra labor suscrito entre la demandante y *Emproing Ltda.* carece de la estipulación del tiempo para su ejecución, el cual milita a folios 20 a 21. Así las cosas, conforme a dicha documental, lo manifestado en la prueba testimonial y lo aceptado por la actora en el interrogatorio de parte, coligió que está acreditado en el proceso que en realidad existió un contrato por obra o labor contratada entre la demandante y la demandada *Emproin Ltda.*

Frente a la justeza del despido enuncia que como quiera que está debidamente acreditado que la demandante dio a luz en el mes de junio de 2016 y que se le expidió una licencia de maternidad hasta el 29 de diciembre de 2016, se tiene que el contrato terminó por una causa legal, acorde lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T, pues si bien es cierto, la obra o labor contratada en este caso había terminado con anterioridad a la desvinculación de la demandante, se respetó la licencia de maternidad, y en el entretanto, claro es, que a pesar de que se trata de un contrato de obra o labor determinada, no es posible terminar este contrato en el momento que se termina la obra o labor determinada por la protección constitucional.

En lo que respecta a los perjuicios morales que se reclaman, que como lo refirió la parte demandada en sus alegaciones, en este proceso no están acreditados.

En lo que respecta a la indemnización moratoria o sanción moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que el contrato de trabajo terminó el 29 de diciembre de 2016 y que a la terminación del contrato de trabajo se le quedaron adeudando a la demandante las prestaciones sociales objeto de la liquidación final, así ha sido reconocido por el representante de *Emproin Ltda.* en su interrogatorio de parte y también fue puesto de presente por la demandante tanto en la demanda como en su



respectiva intervención en el interrogatorio de parte; no obstante, la indemnización no aplica de manera automática, y que debe, para el efecto, estudiarse la buena o la mala fe con la que haya procedido en este caso el empleador, para los efectos de analizar tal situación, que en el proceso se acreditó que el 2 de enero de 2017 se le consignó a la demandante los salarios correspondientes a la segunda quincena del mes de diciembre de 2016 y que el 17 de marzo, el 17 de abril y el 2 de mayo de 2017 se le efectuaron tres consignaciones, cada una por valor de \$575.000, y finalmente, el 8 de mayo de 2017, una consignación por un valor de \$1'555.000, advirtiéndose que la parte demandada *Emproin Ltda.* allegó, a folio 155 del expediente, una liquidación por valor de \$3'280.000, suma que corresponde a las consignaciones efectuadas entre marzo y mayo de 2017. Así, teniendo en cuenta lo manifestado en el interrogatorio de parte por ambas partes, así como las conversaciones obrantes en el proceso, se colige que la mora en el pago de las acreencias fue de 4 meses, tiempo dentro del cual la pasiva reconoció su obligación con la demandada y le expresó la intención de realizar el pago acorde lo fue haciendo, conforme un acuerdo al que estos llegaron, por ello, no se determina un actuar de mala fe.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en lo atinente a la sanción moratoria, en tanto estima operó un actuar de mala fe patronal, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha señalado que las empresas deben tener un periodo prudencial para organizar el tema administrativo y financiero para solucionar el pago de las prestaciones a sus trabajadores, el cual no debe superar diez (10) días, máxime que en el presente evento la empleadora, pese a que el contrato finalizó por la licencia de maternidad el 29 de diciembre de 2016, lo cierto es que desde el mes de septiembre conocía que la obra contratada había finalizado, aunado a ello que la accionante solicitó el pago ante la mora de la empleadora.

Refiere que la indemnización moratoria habrá de reconocerse, como petición principal, hasta la fecha del último pago, o en subsidio, hasta la fecha en que se inició a realizar los pagos, que fue a finales de marzo de 2017.

Finalmente, que no es de recibo que se endilgue una falta de reclamación de la demandante, en tanto la prescripción en materia laboral es de tres (3) años, y la actora



no tenía conocimiento sobre los derechos que causaban la indemnización moratoria, la cual debe reconocerse, así como la estipulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal si la mora en que incurrió la pasiva en el pago de las prestaciones sociales al culminar la relación laboral, se encuentra revestido de buena fe y en consecuencia era dable absolverla del pago de las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50 de 1990.

c. Del Vínculo Laboral:

En el presente caso no es objeto de debate que entre la demandante y la empresa *Emproing Ltda.* existió una relación laboral que se extendió del 19 de enero al 29 de diciembre del 2016, la cual se rigió por un contrato por obra o labor. Lo anterior, en tanto así lo encontró acreditado el fallador de primera instancia, sin que dicho punto del litigio haya sido parte del reproche formulado en la alzada.

d. De la Sanción Moratoria

Frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato.



No obstante, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables.

Descendiendo al asunto que hoy nos ocupa, se tiene que la relación laboral feneció el 29 de diciembre del 2016, sin embargo la liquidación de prestaciones sociales por \$3.280.000(FI 155), no fue cancelada por la pasiva a la fecha de terminación del contrato, sino mediante consignaciones realizadas los días 17 de marzo del 2017, 17 de abril del 2017, 2 de mayo del 2017 y 8 de mayo del 2017, los tres primeros pagos por valor de \$575.000 cada uno de ellos, y el final por \$1.555.000, para un total de \$3.280.000, supuestos de facto admitidos por la propia demandante en el libelo genitor.

Ahora, bien analizado el plenario se tiene que el demandado aduce en el interrogatorio de parte que luego de finalizada la relación laboral se reunió con la promotora en el Centro Comercial Avenida Chile y le comentó que estaba pasando por una situación económica difícil y por ello, le solucionaría lo adeudado mediante abonos parciales, acuerdo que no quedó plasmado en ningún documento y que al final no se pudo contactar con ella, pero le realizó los pagos en la cuenta a la que se venían haciendo.

A su turno la libelista aceptó que recibió los pagos a cuotas, pero afirma que no firmó el paz y salvo de la liquidación, e igualmente que en el mes de marzo se reunió con el demandado en el Centro Comercial Avenida Chile, para intentar mediar una forma de pago, pero que no llegaron a un acuerdo, precisando que ella le dijo que necesitaba el dinero.

Igualmente, milita en el plenario prueba de las conversaciones mantenidas por las partes (Fls 156-159), las cuales no fueron tachadas de falsas y en las que se consta que las partes acordaron reunirse el 7 de marzo del 2017, reunión acorde a la cual en conversación del 17 de marzo el representante legal de la encartada le confirma a la demandante que ya le realizó el primera pago por \$547.000 y el 4 de mayo del 2017, nuevamente se comunica con la promotora afirmando que recibió un dinero, por tanto cuenta con la suma dineraria requerida para efectuar el pago del saldo precisándole a la demandante que su intención es pagar la obligación y finalmente en comunicación del 5 de mayo del 2017, indica que ya realizó 3 pagos y desea contactarse personalmente para realizar el pago personal de lo restante.



De cara a los medios probatorios enunciados, se tiene que conforme lo manifestó la pasiva en su interrogatorio de parte y se encuentra debidamente soportado con las conversaciones sostenidas por las partes (Fls 156-159) que a la terminación del contrato la encartada le quedó adeudando a la actora la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que transcurridos 3 meses de la finalización del contrato, dado que la actora solicitó su pago, procedió a citarla a una reunión para realizar un acuerdo de pago, en el que reconoció su obligación y acorde a la cual, procedió a realizar los respectivos pagos para cubrir de lleno la deuda a su cargo, quedando totalmente cancelada la obligación el 8 de mayo del 2017, esto es, 4 meses luego de concluida la obligación.

No obstante lo anterior, debe precisar la Sala que ya en un caso similar al presente la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, precisó que ni si quiera el acuerdo de pagos parciales exonera al empleador del pago de la moratoria, en tanto al trabajador le asiste el derecho de recibir el pago total de sus acreencias laborales a la finalización del vínculo laboral, así en sentencia SL652 del 2016, con Rad. 45645 del 18 de mayo del 2016, puntualizó:

*“Así las cosas, en parte tiene razón el recurrente al objetar la decisión absolutoria de la indemnización moratoria; erró el ad quem al dar por establecido que el pago a plazos de las prestaciones adeudadas a la terminación del vínculo fue consentido por el actor, es decir acordado con este; **la sola demostración que el pretensor había aceptado, o recibido, del empleador los pagos parciales de sus prestaciones sociales y demás acreencias no acredita un acuerdo de pago o arreglo de buena fe entre los litigantes; toda vez que el trabajador, aparte de estar en su derecho de recibir el pago total de sus acreencias laborales al momento de terminar la relación laboral, era natural que, al quedar cesante, no estaba en condiciones de negarse a recibir, a cuotas, lo que le correspondía; de ello, no se puede colegir que se convino en esa forma de pago.**”
(Negrillas fuera de texto)*

Luego, emerge ineludible que los razonamientos tenidos en cuenta por el fallador de primera instancia para tener por acreditada la buena fe de la pasiva, no tienen tal connotación. Máxime si tenemos en cuenta que la relación laboral feneció en diciembre del 2016 y la pasiva únicamente vino a reconocer su obligación, efectuando los pagos parciales a partir del mes de marzo del año siguiente.

Dimana de lo enunciado, la ineludible revocatoria de la decisión adoptada en primera instancia respecto a este tópico, para en su lugar condenar a la pasiva al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, correspondiente a un día de



salario por cada día de retardo desde el 29 de diciembre del 2016 hasta el 8 de mayo del 2017, en tanto el pago total de los salarios y prestaciones sociales vino a ser cubierto en dicha data. Así pues, teniendo como último salario la suma de \$1.250.000 mensuales, equivalentes a \$41.666,7, se tiene que el monto de la sanción moratoria equivale a \$5.375.000.

e. De la Sanción por no consignación de las cesantías.

De otra parte, sostiene la recurrente en la alzada que por los mismos argumentos por los cuales se accedió a la sanción moratoria, debe ordenarse el pago de la sanción por no consignación de las cesantías.

Bien, frente a este punto de disidencia basta indicar que ambas moratorias no pueden ser medidas con el mismo rasero, como quiera que la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, opera cuando en vigencia de la relación laboral el empleador deja de consignar el monto de las cesantías en los términos aludidos en la precitada norma; al punto que en los procesos en los que resulta procedente su pago, el monto de las mismas se liquida hasta la data en que culmina la relación laboral. Supuestos de facto que confluyen en autos, en tanto la misma promotora desde el inicio del proceso puso de presente que la encartada venía cumpliendo con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales hasta el 8 de mayo del 2017, sin que se alegue el incumplimiento en la consignación de las cesantías durante la relación laboral.

Dimana de lo aludido que no se encuentra llamada a prosperar la pretensión atinente al reconocimiento y pago de la sanción por no consignación de las cesantías.

f. Prescripción:

En lo que a este aspecto concierne, recuerda la Sala que en materia laboral el término de prescripción es de tres (3) años contados desde la fecha en que la obligación se hizo exigible, acorde lo reglado por el artículo 488 del C.S.T; el cual puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple escrito presentado por el trabajador al empleador (Art. 489 del C.S.T).



Ahora bien, en *el sub-examine* la relación laboral feneció el 29 de diciembre del 2016, así pues, dado que la presente demanda fue radicada el 7 de mayo del 2018 (Fl 113), resulta dable colegir que no alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción.

Como corolario de lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal tercero de la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la empresa *Emproing Ltda.* a cancelar a la demandante por concepto de sanción moratoria la suma de \$5.375.000, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

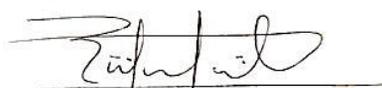
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 10 2018 00428 01
Demandante: MYRIAM MAGDALENA GARCÍA GARCÍA
Demandado: COLPENSIONES y OTRA
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Teniendo en cuenta las sustituciones de poder allegadas por las demandadas, esta Sala reconoce personería adjetiva para actual a la profesional del derecho *María Elena Fierro García* identificada con C.C No 1.024.463.217 de Bogotá y T.P No 291785 en calidad de apoderada de *Colpensiones* y al Doctor *Carlos Andrés Jiménez Labrador* identificado con C.C No 1.016.053.372 y T.P No 317.228 en calidad de apoderado de *Protección S.A.*

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colfondos S.A* demandante, en contra de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de *Colpensiones*.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Myriam Magdalena García García*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A*, para que se declare la ineficacia del traslado por el incumplimiento de los deberes legales de información, que todas las afiliaciones realizadas con posterioridad carecen de validez y la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; como consecuencia de lo anterior solicita se condene a la demandada *Colfondos S.A* a registrar que la afiliación de la demandante esta viciada de nulidad, a trasladar a *Colpensiones* la totalidad del capital acumulado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,



a activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media, lo que resulte probado *ultra o extra petita* y las costas o agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 25 de octubre de 1960, se afilió al *Instituto de Seguros Sociales* el 28 de abril de 1982; diligenció el formulario de afiliación a *Colmena* en el mes de junio de 1995; que *Colmena hoy Protección S.A* no le informó las consecuencias del traslado, las características del régimen, ni como se iba a financiar la pensión; que en mayo del 2000 se trasladó a *Colfondos S.A*; que en marzo del 2018 por su propia cuenta contrató una asesoría con la cual verificó que la decisión que le hizo adoptar la AFP la perjudicó; el 27 de abril del solicitó la anulación de la ineficacia del traslado de régimen, frente a lo cual *Protección S.A* no resolvió su petición; el 27 de abril del 2018 solicitó la anulación de afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, la que fue desatada de forma desfavorable a través de comunicación del 24 de mayo del 2018; el 27 de abril del 2018 solicitó a *Colpensiones* la nulidad de la afiliación e igualmente se desató de forma desfavorable su solicitud a través del Oficio BZ2018_4812863-1274450.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opone a los pedimentos en su contra manifestando que para la fecha del traslado que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene plena validez y la afirmación del vicio del consentimiento acaecida en el traslado debe ser probada.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, *Porvenir S.A* se opuso a las pretensiones como quiera que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuera para realizarlo.

Formuló las excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Colfondos, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica.



A su turno *Colfondos S.A* se opuso a las pretensiones, aduciendo que sí brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al régimen, en las que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, la genérica y vicios del consentimiento.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de septiembre del 2019, declaró la nulidad de la afiliación realizada por la demandante el 27 de julio de 1992 a *Colmena* hoy *Protección S.A*, condenó a *Colpensiones* a recibir y restablecer la afiliación de la demandante; a las AFP demandadas a hacer entrega de la devolución de las cuotas y gastos de administración con los frutos e intereses y rendimientos que se hayan podido generar y acompañados de la información correspondiente para que *Colpensiones* establezca que se está realizando la devolución conforme lo ordenado en la sentencia; condenó a *Colpensiones* a que una vez ingresen los valores debe proceder a revisar que la devolución efectuada por las AFP sea en los términos establecidos en la providencia; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a *Protección S.A*.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la accionante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se acreditara que se haya informado en debida manera los beneficios y desventajas del régimen de traslado, pues de la prueba documental e interrogatorio de parte, no se demuestra una situación contraria.

Para tal efecto estimó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 consagra que la elección de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria; que desde los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994 se indica como obligación de las aseguradoras de fondos de pensiones dar información completa, veraz y clara sin que la simple suscripción de los formularios de cuenta que se hubiera cumplido con el deber de información por parte de la accionada y la llamada a juicio, quienes a pesar de asegurarlo no lo probaron, en virtud de la inversión de la carga probatoria.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a quo Colfondos S.A* interpone recurso de apelación en el que en suma indica que recurre la decisión solo respecto a la condena frente a la devolución de los gastos de administración, aduciendo que estos se encuentran contemplados en el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 el cual regula el cobro de dichas comisiones en razón a que se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las prestaciones de sus afiliados, así al estar la demandante afiliado tuvo derecho al pago de rendimientos, de los cuales se ha beneficiado y que no se habrían generados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

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

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o



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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo,*



el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a



observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 27 de julio de 1995 a *Colmena S.A* (Fl. 273), a *Colfondos S.A* del 18 de mayo del 2000 (Fl 202) y del 22 de enero del 2001 a *Santander hoy Protección S.A* (Fl 174), formularios que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “*Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos



por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

Por último, deja claro la Sala que, si bien la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como el pago de intereses moratorios, estas pretensiones no serán objeto de estudio por cuanto no fueron reprochadas por la parte demandante, por lo que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

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

V. DECISIÓN

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



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 110013105023201800243 01
Demandante: ANA MARÍA DEL ROSARIO MONTOYA CABALLERO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Conforme al poder allegado por *Porvenir S.A*, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de esta al Doctor *Carlos Andrés Jiménez Labrador*, identificado con C.C No 1.016.053.372 y T.P No 317.228 del C.S.J.

Así mismo, acorde al poder allegado por *Protección S.A*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de dicha entidad al Doctor *Carlos Andrés Jiménez Labrador* identificado con C.C. No 1.016.053.372 y T.P No 317.228.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A* y *Old Mutual Pensiones y Cesantías*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 25 de septiembre del 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ana María del Rosario Montoya Caballero*, interpuso demanda ordinaria laboral a fin que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la sociedad *Porvenir S.A*, por haber incumplido con



su deber de información y en consecuencia se condene a las *AFP Porvenir S.A* y *Old Mutual S.A* a trasladar a *Colpensiones* los aportes realizados, y a su turno condenar a *Colpensiones* a aceptar dichos aportes como su afiliada sin solución de continuidad, junto con el pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que se afilió al *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones*, el 1º de julio de 1982, aportando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, previo al traslado, un total 232 semanas; que el 5 de julio del 1996 se afilió a *Porvenir S.A*, precisando que la persona que la asesoró no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en el *ISS* hoy *Colpensiones*, que no le realizaron una proyección con la información completa ni le indicaron las desventajas del traslado; que el 8 de octubre de 2008 cumplió 47 años y en la actualidad cuenta con 1203 semanas; que radicó formulario de traslado a *Colpensiones* y el 27 de junio de 2017 solicitó la invalidación de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero esta le fue negada mediante comunicación del 24 de julio del 2017.

En auto del 14 de diciembre de 2018, se dispuso la vinculación como parte demanda, de *Protección S.A*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones, manifestando que a la fecha la demandante se encuentra válidamente afiliada a *Old Mutual S.A*.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la genérica.

Por su parte, *Porvenir S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que la información suministrada al demandante se encuentra



acorde a las disposiciones legales y la vigilancia que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica.

De otra parte, *Protección S.A* se opuso a las pretensiones argumentando el acto de traslado es válido y exento de vicios del consentimiento, al no haberse ejercido fuerza o coacción para realizarlo.

Formula como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica.

A su turno *Old Mutual S.A* se opuso a las pretensiones argumentando que la afiliación de la demandante goza de plena validez ante la ley, pues fue un acto voluntario que se rigió por lo dispuesto en el artículo 1495 del Código Civil.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 25 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, condenó a *Porvenir S.A* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido del 1º de septiembre de 1996 al 1º de octubre del 2001 y del 1º de noviembre del 2005 al 1º de mayo del 2008; condenó a *Protección S.A* a devolver a *Colpensiones* los valores recibidos del 1º de octubre de 2001 al 1º de noviembre del 2005 y a *Old Mutual S.A* a devolver los aportes recibidos a partir del 1º de mayo del 2008, sin la posibilidad de realizar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto; declaró que la demandante se encuentra debidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, declaró no probadas las excepciones propuestas.



Lo anterior por cuanto consideró que a la demandante no se le suministró la debida información sobre las implicaciones del traslado de régimen, carga probatoria que le incumbía a la demandada; agrega que no se pudo inferir el cumplimiento de dicha obligación con lo indicado por la demandante en el interrogatorio de parte, ni mucho menos con el diligenciamiento del formulario de afiliación.

Lo anterior, por cuanto no bastaba el diligenciamiento de un formulario o adherirse a una cláusula, siendo ello así es claro que no se le suministró a la demandante la debida información, utilizando todos los mecanismos necesarios para el efecto.

Que la profesión que tiene la demandante como abogada, no acredita que tenga la experticia necesaria sobre el tema, por el contrario, en el interrogatorio de parte manifestó que retornaba de un viaje fuera del país en el cual no estaba haciendo estudios sobre el particular. Asimismo, precisa que acorde los lineamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la devolución de los aportes deberá realizarse de forma íntegra sin realizar descuento alguno por concepto de gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A interpone recurso de apelación en el que en suma indica que en primera instancia se tuvo en cuenta el deber de información de las AFP, exigiendo aspectos adicionales que están en contra del principio de legalidad conforme con los Decretos Reglamentarios que para la fecha del traslado exigían el diligenciamiento del formulario que fue allegado al proceso, por ello acreditar la asesoría es imposible en tanto fue verbal, y por ende la inversión de la carga de la prueba no se puede hacer frente a una persona que no tiene una expectativa legítima o es beneficiaria del régimen de transición, por lo que cada caso debe ser analizado en particular, debiéndose tener en cuenta que la demandante es abogada que tenía los conceptos jurídicos para tomar una decisión. De igual manera, que realizó diversos traslados entre administradoras, lo cual corrobora que no trasgredió el deber de información.



Adicionalmente, que la condena al pago de los gastos de administración, si bien la naturaleza del acto jurídico es retrotraer el acto jurídico como si este nunca hubiera existido, en algún aspecto se reconoce su existencia por los beneficios que se dieron y habría un enriquecimiento sin justa causa, máxime que los gastos de administración fueron previstos en su oportunidad por la Ley 100 de 1993.

Por su parte *Old Mutual S.A.*, en su recurso de apelación indica que se debe revocar la sentencia en lo tocante a los gastos de administración, en tanto dicha condena no resulta congruente con las pretensiones de la demanda, no fue objeto de la fijación del litigio, luego es una posición violatoria del derecho de defensa de las administradoras. De otra parte, la naturaleza de los gastos de administración permite que se generen rendimientos, luego no tendría razonabilidad el ordenar su entrega a *Colpensiones*. Por otra parte, la prima de invalidez y sobrevivientes hace una garantía inmediata, por lo que la demandante durante toda la afiliación al RAIS estuvo cubierta por dichas primas, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de *Colpensiones*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en



Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

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



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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado del 5 de julio de 1996 a *Porvenir S.A.* (Fl. 98), del 10 de agosto de 2001 a *Santander* (Fl. 145) del 29 de septiembre del 2005 a *Horizontes Pensiones y Cesantías* (Fl. 99) y del 28 de marzo de 2008 a *Skandia* hoy *Old Mutual* (Fl. 208) AFP que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado*



libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida y el hecho que sea profesional del derecho, en modo alguno exonera a la AFP de brindar la información pertinente de su situación particular frente al cambio de régimen pensional, ni dicha situación implica *per se* que tenga experticia en el tema pensional y conociera a profundidad las consecuencias de su traslado, como se alega en la alzada.

Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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



pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

De igual manera, no es factible alegar enriquecimiento sin causa por parte de *Colpensiones* por las contingencias que cubría la afiliación al RAIS, en tanto dicha situación en manera alguna incrementa de manera injustificada su patrimonio.

Finalmente, en grado jurisdiccional de consulta, respecto de la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declararla no probada.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

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

Ordinario Laboral 1100131050024201800492 01
Demandante: MARÍA PATRICIA PIÑEROS GARZÓN
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 19 de septiembre del 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Patricia Piñeros Garzón*, interpuso demanda ordinaria laboral a fin que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado inicialmente a la AFP *Protección S.A*, y por ende, para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se ordene el traslado de los aportes a *Colpensiones* debidamente actualizados, se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 25 de febrero de 1963; que cotizó al entonces Instituto de los Seguros Sociales entre los años 1987 y 1996, y a consecuencia de una asesoría engañosa, tendenciosa, incompleta e insuficiente y sin estudio de cálculos se trasladó, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que



después de la expedición de la Ley 797 del 2003, la AFP demandada tampoco hizo un estudio matemático o actuarial serio de su derecho pensional; que cotizó un total de 1224,43 semanas; que recibió la primera proyección y cálculo de su pensión el 2 de mayo de 2018; el 16 de mayo del 2018 recibió la simulación de la pensión en la que se estableció que el monto de su pensión a los 57 años sería de \$1.411.057, con una diferencia e \$2.737.472 respecto de la pensión que le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que el 5 de junio del 2018 solicitó a Protección S.A la anulación del traslado de régimen; el 16 de mayo del 2018 solicitó a *Colpensiones* el traslado de régimen; la AFP *Protección S.A* el 27 de junio de 2018 denegó la solicitud elevada por la demandante y *Colpensiones* le suministró contestación en igual sentido el 16 de mayo del 2018.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones, manifestando que frente al negocio jurídico celebrado por las partes (Formulario de Obligación) se generaron obligaciones recíprocas, dentro de las cuales estaba en cabeza del demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias del traslado al Fondo Privado, los cuales se encuentran regulados en la legislación colombiana.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las denominadas buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidad del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la genérica.

Protección S.A en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, por encontrarse frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 19 de septiembre del 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a *Protección*



S.A suscrita el 2 de febrero de 1996; declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ordenó a *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; ordenó a *Colpensiones* a reactivar la afiliación de la demandante, así como actualizar y corregir la historia laboral y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Para el efecto, teniendo en cuenta lo manifestado por la H. Corte Suprema de Justicia, indicó para afiliarse a cualquier régimen debe mediar una libertad informada que no se satisface con el previo diligenciamiento del formulario de afiliación, sino el cotejo con la información brindada, debiendo aportar la AFP la prueba en la que consten los aspectos negativos y positivos de la afiliación, así como el impacto de la pensión.

Así las cosas, teniendo en cuenta la obligación de la AFP consistente en que se brindara la correspondiente asesoría y buen consejo al afiliado, así como el hecho de que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP., evidenció que en el caso bajo estudio *Protección S.A* no cumplió con la referida carga probatoria, en tanto únicamente se aportó el formulario de afiliación, sin que exista evidencia del cumplimiento del deber de información, pues no se aportaron elementos probatorios del buen consejo.

Por el contrario, la demandante en su interrogatorio de parte dio cuenta de que la asesora le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que no le fue suministrada una información completa, pues la única característica que se le indicó es que los aportes pasarían a la masa sucesoral.

Precisa igualmente que, si bien se brindó una posterior asesoría, esta no fue completa, en tanto no se acreditó que la información fuera útil para la demandante, máxime que se realizó cuando la demandante ya no podía trasladarse de régimen.

Por lo anterior, estimó conveniente declarar la ineficacia del traslado y en consecuencia dispuso que se trasladaran a *Colpensiones* los aportes pensionales con sus respectivos frutos e intereses.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Como quiera que el fallo resultó adverso a *Colpensiones*, se analizará la providencia en el grado jurisprudencial de consulta a favor de dicha entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida



asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente la demandante se trasladó a la AFP *Protección S.A* mediante formulario de afiliación suscrito el 2 de febrero de 1996, radicado el día 8 del mismo mes y año (Fl 39) que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, la AFP no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, ni se aportó medio de convicción que acreditara el cumplimiento de tal deber por la AFP.

Por lo expuesto, resulta lógico que el fallador de primera instancia declarara la ineficacia del traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que fuere condenada a *Colpensiones* a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si jamás se hubiere realizado el traslado, lo cual, tal como refirió el *a-quo*, aparece como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

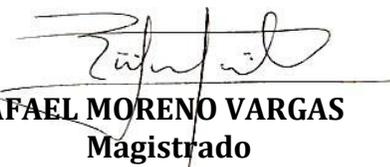
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 13201800053 01
Demandante: JENNIFER LILIANA RANGEL MARTHA
Demandado: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 6 de agosto del 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Jennifer Liliana Rangel Martha*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Aerovías del Continente Americano S.A AVIANCA* y la *Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y *AVIANCA S.A* del 14 de julio del 2014 al 30 de noviembre de 2017; se declare que *SERVICOPAVA* fue una simple intermediaria de dicha relación laboral y en consecuencia se condena a las demandadas al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones, la dotación y calzado, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la indemnización por despido injusto, la indemnización por no consignación de las cesantías, la indexación de las sumas adeudadas, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*; subsidiariamente se condene de forma solidaria a las demandadas por ser *AVIANCA S.A*, la beneficiaria directa de la demandante.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el 14 de julio del 2014 suscribió convenio de asociación con *SERVICOPAVA*, quien le asignó el cargo de Agente de Servicio al Cliente en el área de Talento Humano; las labores que desarrolló inicialmente fue en el área de *Check in*, posteriormente estuvo en el área de recaudo y en el último año en el área de muelle/salas de abordaje; que durante la jornada laboral debía portar el carnet de *AVIANCA*, quien además le suministró los elementos



de trabajo y el uniforme correspondiente, que debía atacar los manuales de funciones, debía entrar a las plataformas de *AVIANCA S.A* a tomar las capacitaciones, fue beneficiaria del plan de beneficios de *AVIANCA S.A*; debía laborar una jornada laboral de 8 horas diarias y 45 minutos en jornada continua; que no recibió el pago de las prestaciones sociales y vacaciones; que en el año 2017 las demandadas fueron sancionadas económicamente por el Ministerio del Trabajo; que *SERVICOPAVA* no cuenta con independencia financiera que le permita asumir los incumplimientos de los contratos y satisfacer sus obligaciones con sus propios recursos y el 27 de noviembre de 2017 recibió una comunicación por parte de *SERVICOPAVA* donde se informada por parte de la Resolución No 1152 del retiro de sus labores a partir del 30 de noviembre del 2017.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

AVIANCA S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que la demandante no prestó servicios para dicha entidad.

Propone como excepciones de mérito las denominadas ausencia de relación laboral, ausencia de prestación de servicios a mi defendida, inexistencia de subordinación, cobro de lo no debido, libertad de empresa, buena fe, compensación, prescripción, inexistencia de las obligaciones, indebida aplicación de las normas legales, actividad no misional y la genérica.

La demandada *SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN* se opuso a las pretensiones aduciendo que no ha mantenido una relación laboral con la demandante, quien aduce pretende desconocer el acuerdo Cooperativo que existió entre estos.

Propuso como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 5 de abril de 2019, decidió declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y *AVIANCA S.A* del 13 de julio del 2014 al 30 de noviembre del 2017 y que *SERVICOPAVA CTA* actuó como intermediaria en la relación laboral; condenó en forma solidaria a las demandadas al pago de \$3.876.919,63 por concepto de cesantías, \$440.463,09 por concepto de intereses a las cesantías,



\$3.876.919,63 por concepto de prima de servicios, \$2.249.507,71 por concepto de vacaciones, \$3.517.223,71 por concepto de indemnización por despido injusto \$41.144.516,7 por sanción por no consignación de las cesantías y a título de indemnización moratoria la suma de \$44.498,17 diarios a partir del 1° de diciembre del 2017 hasta el mes veinticuatro; y a partir del mes veinticinco, los intereses moratorios hasta cuando se haga efectivo su pago. Condenando a AVIANCA S.A al pago de las costas procesales.

Como sustento de su decisión, indicó que no se logró derruir con las pruebas arrimadas al contrato la presunción laboral contemplada en el artículo 24 del C.P.T, no se acreditó que existiera personal de mando de la CTA dentro de AVIANCA, por el contrario, los testigos dieron cuenta de que las órdenes fueron impartidas por AVIANCA, siendo por ende SERVICOPAVA una simple intermediaria.

En lo atinente a la prescripción, adujo que no aparece escrito de interrupción, por lo que se tiene que esta se dio con la presentación de la demanda el 2 de febrero de 2018, por tanto, la declaró parcialmente probada en lo que respecta a las acreencias laborales causadas antes del 2 de febrero de 2015, con excepción de las cesantías en tanto estas se causan a la terminación del contrato de trabajo. Para la liquidación de las acreencias laborales, tuvo en cuenta los salarios que aparecen en las certificaciones obrantes a folios 784 a 789.

Señaló que, de conformidad con la documental, se corrobora que la decisión de terminar el contrato fue de SERVICOPAVA, sin que se evidencia una justa causa, por lo que se impone condena al pago de la indemnización por despido injusto; por otra parte que no evidencia el Despacho que la encartada haya demostrado actuación de buena fe, en tanto se echó mano de un tercero para la contratación y por ende estima conveniente ordenar el pago de la sanción por no consignación de las cesantías, junto con la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Finalmente, acorde lo dispuesto en el artículo 35 del C.S.T, refiere que SERVICOPAVA debe responder de forma solidaria, por fungir como una simple intermediaria.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* SERVICOPAVA interpone recurso de apelación en el que en suma indica que se la debe desvincular del proceso, habida cuenta que quedó demostrado que la actora jamás tuvo la calidad de trabajadora, sino que su vínculo siempre se dio a través de un convenio de asociación.



Frente al contrato realidad con *AVIANCA S.A*, solicita se tenga en cuenta que la parte demandante no logró demostrar dentro del proceso que se sostuviera una relación laboral, por cuanto la misma actora acepta que firmó el 14 de julio del 2014 un convenio de asociación, además por pasiva se logró demostrar que fue la señora *Jennifer Liliana Rangel* quien solicitó de manera libre y voluntaria afiliarse, motivo por el cual la vinculación de la accionante se reguló por la Ley 79 de 1988 como asociada, tan es así que realizó y aprobó de manera satisfactoria el curso de economía solidaria de 20 horas con énfasis en trabajo asociado.

Que entre *SERVICOPAVA* y la empresa *AVIANCA S.A*, existió desde de julio del 2003 hasta diciembre 2017 un contrato de prestación de servicios en la modalidad de oferta mercantil y orden de compra de servicios, en virtud del cual la Cooperativa, de manera autónoma, independiente y autogestionaria cubría la totalidad de los procesos y subprocesos que no estaban contemplados dentro de la actividad misional en las etapas productivas de dicha empresa, en virtud de los cuales participó la demandante, sin que existiera subordinación, pues los turnos, horarios e instrucciones los fijaba la Cooperativa como lo manifestó el liquidador en su interrogatorio, los testigos, como la señora *Marlene Infante*, quienes desvirtuaron que la dotación se la hubiera entregado otra persona diferente a la CTA, incluso dentro de los documentos se aportó el formato de suministro de la dotación.

Frente a los testigos aportados por la demandante, le causa extrañeza que tuvieran previo conocimiento de los hechos y las pretensiones de la demanda y los testigos *Omar Anderson Ortiz* y *Olga Estela Sarmiento* no acreditan que ingresaron al mismo tiempo que la demandante a la CTA, ni tampoco que tuvieran el mismo cargo asociativo.

De igual manera que hacen referencia a unas capacitaciones que presuntamente dictó la empresa *AVIANCA*, pero en las cuáles ninguno de los testigos participó de manera simultánea con la demandante, nunca fueron compañeros de turno, por lo tanto no les puede constar los hechos narrados, además no tienen certeza de las instrucciones impartidas a la demandante, si fueron dadas por *AVIANCA*, ya que desconocían si el personal estaba vinculado por *AVIANCA* o si eran líderes o coordinadores enviados por *SERVICOPAVA*, siendo testigos de oídas y por lo tanto la parte actora no probó la existencia del contrato en el proceso y más aún cuando por pasiva se logró probar que los uniformes, beneficios y carnés, fueron



entregados por la CTA.

Frente a *SERVICOPAVA* como intermediaria, solicita se tenga en cuenta que la Constitución Política consagra el derecho de asociación como uno de los derechos fundamentales y en razón de este las personas pueden asociarse y constituir CTA, las cuales no solo tienen respaldo en la carta política sino a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional al analizar como exequibles todas las normas que reglamentan las CTA como el Decreto 4588 del 2006, precisando que la CTA cumple con los requisitos y atributos legales contemplados en el mismo.

Frente a la indemnización por terminación sin justa causa, la demandante al encontrarse ante un convenio asociativo regido por la ley cooperativa, no le son aplicables las normativas de C.S.T., máxime que operó una terminación de la oferta mercantil entre *SERVICOPAVA* y *AVIANCA* en diciembre de 2017, ocasionando la terminación del vínculo asociativo de la actora de conformidad con los estatutos vigentes.

Solicita tener en cuenta que dentro del desarrollo del trabajo asociado a la demandante se le reconocieron todos los conceptos estipulados en los estatutos y regímenes aprobados por el Ministerio de Protección Social hoy Ministerio de Trabajo y en lo estipulado en el convenio de asociación se reflejan las compensaciones ordinarias y extraordinarias, aclarando que no tenían la obligatoriedad de la consignación de las cesantías y que se solucionó la compensación ordinaria mensual, a lo que llamarían en un contrato laboral un salario, compensación anual que en un contrato laboral serían cesantías, rendimiento a las compensaciones anuales, lo que se llamaría intereses sobre las cesantías, compensación semestral lo que se denomina en un contrato de trabajo prima de servicio, auxilio de transporte, compensación por descanso, que se denominaría vacaciones y trabajo suplementario, que equivaldrían a horas extras, más auxilios cooperativos, entre otros conceptos.

A su turno *AVIANCA* manifestó que la condena impuesta sobrepasa todos los lineamientos legales y fácticos, como así lo ha manifestado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que ha recordado que la disposición legal que concibe la solidaridad en el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores, como en el caso de *Jennifer Liliana Rangel Marta* exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario normal,



vale decir, tengan correspondencia en su objeto social, evento que brilla por su ausencia en esta acción ordinaria laboral.

Que equivocadamente tuvo como directo empleador a *AVIANCA* y como intermediario a *SERVICOPAVA*, sin tener de presente que la labor desarrollada por esta, era generar el pago solidario de las obligaciones laborales que hoy son objeto de impugnación, por lo que en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo el Juez de primera instancia erró al indicar que las tareas que realizó la demandante coincidían con el objeto social de *AVIANCA*.

Tampoco tuvo en cuenta que la solidaridad se excluye toda vez que el contratista cumple actividades ajenas de las que explota *AVIANCA*, máxime que *SERVICOPAVA* demostró a cabalidad el cumplimiento de sus obligaciones de tipo corporativo con la demandante.

De otra parte, que se debe tener en cuenta que en estricto sentido toda la labor ejecutada en una empresa guarda cierta relación con su objeto social, no obstante, ello no significa que las actividades tendientes atenciones, manejos de elementos o similares, se entiendan por esta sola circunstancia inherentes o propia de la actividad o labor que desarrolla a quien se le está prestando la asistencia.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, por cuestiones metodológicas, la Sala determinará en primer lugar, si entre la demandante y *AVIANCA S.A.* existió una relación laboral, fungiendo *SERVICOPAVA* como una simple intermediaria o si realmente existió un acuerdo Cooperativo. En caso afirmativo, proceder a determinar si las demandadas deben responder de forma solidaria, si deben tenerse en cuenta los pagos recibidos



por la actora por concepto de compensaciones y si hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto.

4.3 DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO:

Las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015.

Ahora bien, el artículo 2.2.8.1.12 *ejusdem*, consagra que las relaciones entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones, y en consecuencia, no se rigen por las disposiciones laborales, máxime que las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libre y autónomamente, y son los mismos asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

Lo anterior, por cuanto así mismo determina el referido Decreto, que la contratación que se realice con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, no puede tener como objeto el disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, bien porque estas actúen como simples intermediarias en aquella relación contractual ejercida en favor de aquellos terceros o funjan como supuestas empresas de servicios temporales, suministrando personal para ejecutar labores del giro ordinario de aquellas empresas contratantes.

Asimismo, ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en caso de constatarse que la empresa contratante de la C.T.A, realmente fungió como verdadero empleador y que la C.T.A fue una mera intermediaria, ambas deberán responder de forma solidaria sobre el particular en sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12 de febrero del 2020, indicó:

“En primer lugar, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas,



previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, es también una fuente normativa de la cual emerge la prohibición de ocultar relaciones laborales a través de figuras jurídicas empleadas con el único fin de defraudar los derechos laborales de los trabajadores, llámense cooperativas, sociedades comerciales, empresas unipersonales o contratos mercantiles. Cuando surge un pleito, es precisamente este principio medular del derecho del trabajo, el que ofrece respuesta sobre quién es el verdadero empleador o de dónde proviene la subordinación y dirección del trabajo, sobre todo cuando de relaciones triangulares o multipartitas se trata.

*“En segundo lugar, el juez plural obvió que aún para la época de contratación del demandante e incluso desde su creación, las cooperativas tenían la obligación de operar de manera independiente y autogestionaria en la prestación de servicios a terceros (artículos 4 y 5° de la Ley 79 de 1988). Esto quiere decir que deben contar con autonomía directiva, técnica, financiera, ser poseedoras de los medios de producción y autogestionar los servicios que presten a los usuarios, pues, de lo contrario, serán un simple intermediario o una persona interpuesta que, al carecer de una estructura empresarial, **deberán responder solidariamente con la empresa principal**” (Negrillas fuera de texto).*

4.4 DEL CASO EN CONCRETO

Al descender al *sub-examine* evidencia la Sala que la demandante laboró para AVIANCA S.A., en virtud de un contrato de una oferta mercantil entre dicha entidad y SERVICOPAVA (Fls. 289-738), entidad que aceptó la vinculación de la demandante el 14 de julio del 2014 (Fl. 114) y en virtud de ello fue suscrito el acuerdo cooperativo (Fl. 764) y se le brindó una capacitación en Economía Solidaria con énfasis en trabajo asociado (Fl. 167), percibiendo como remuneración compensaciones (Fls. 784-790) y el pago de los aportes a seguridad social por parte de SERVICOPAVA (Fls. 771-783).

Asimismo, se corroboró con la prueba documental que SERVICOPAVA le designó la función de Agente de Servicio al Cliente (Fl. 115), para lo cual le fue suministrado un carné que la identificaba como personal de AVIANCA S.A. (Fl 117-120 y 169), uniforme de dicha empresa (Fl. 122-125), la papelería de la contratante (Fls. 141-145), se le permitía participar en eventos de AVIANCA S.A. (Fl 126), utilizaba la ruta de transporte de la misma (Fls. 128-131), recibiendo capacitaciones por parte de AVIANCA S.A. (Fls 132-134), tiquetes aéreos de la empresa gratuitos (Fls. 136-138), estaba sujeta a un control diario del Avantel por parte de AVIANCA (Fl 149). No obstante, la Oferta Mercantil finalizó el 31 de diciembre del 2017 (Fls. 741-761), por lo que se le comunicó a la demandante sobre la finalización de la relación a partir del 30 de noviembre del 2017 (Fl. 768).



De otra parte, se tiene que en el curso de los correspondientes interrogatorios de parte *AVIANCA S.A.* admitió que fueron sancionados por parte del Ministerio de Trabajo por intermediación laboral, la cual quedó en suspenso, que *AVIANCA S.A.* le dictó unos cursos a la demandante y que en efecto la actora debía estar identificada como personal de *AVIANCA S.A.* para poder laborar dentro del Aeropuerto; asimismo admite que, en virtud de la oferta mercantil, *AVIANCA S.A.* le hacía algunos pagos a *SERVICOPAVA* que se veían reflejados en beneficios para sus cooperados, como el uso de transporte, el restaurante de *AVIANCA* y tiquetes aéreos.

A su turno *SERVICOPAVA* admite que algunos de los elementos que utilizaban los Cooperados no eran de la Cooperativa sino de *AVIANCA*, afirmando que ello acaece en razón a un comodato bastante extenso que existía entre ambas empresas.

De otra parte, fueron absueltos los testimonios de los señores *Juan Pablo Arbeláez Arango*, Gerente de Operaciones Terrestres; *Marlene Infante Prada*, quien manejó Talento Humano en *SERVICOPAVA*, *Olga Estella Sarmiento Villamarín* y *Anderson Omar Ortiz Rueda*, compañeros de trabajo de la demandante. De cuyo testimonio se desprende que la demandante desarrolló sus funciones en las instalaciones de *AVIANCA*, con un uniforme distintivo de dicha empresa pero que había sido suministrado por *SERVICOPAVA*, que tenían acceso al restaurante y tiquetes gratuitos.

Ahora bien, el punto de disidencia entre los testigos, realmente radica en las personas que impartían las órdenes a la demandante en la ejecución de sus labores, pues por una parte *Juan Pablo Arbeláez Arango* y *Marlene Infante Prada*, expusieron que eran los líderes de *SERVICOPAVA* quienes daban las órdenes a la demandante, de igual manera, *Marlene Infante Prada* aduce que los beneficios que disfrutaba la demandante eran suministrados por *SERVICOPAVA* y que no está segura si la demandante participó en la Asamblea o en el COPAS; mientras los testigos *Olga Estella Sarmiento Villamarín* y *Anderson Omar Ortiz Rueda*, expusieron que los jefes directos de la demandante, siempre fueron personas de *AVIANCA*, lo que aducen que les consta porque estos siempre se presentaron como personal de dicha entidad; adicionalmente, fueron contestes estos dos testigos en afirmar que para ingresar a laborar a la empresa debían pasar por un semillero dictado por *AVIANCA* en el cual eran capacitados; que la demandante inicialmente laboró en *Check in* y posteriormente en caja, recibiendo los pagos adicionales por ejemplo por sobre peso. Precizando *Anderson Omar Ortiz Rueda* que además recibían felicitaciones por parte de *AVIANCA* y que participaban en los eventos de dicha empresa.



Con todo, pese las contradicciones evidenciadas en los testimonios, encontró la Sala mayor veracidad en las declaraciones rendidas por los señores *Juan Pablo Arbeláez Arango* y *Marlene Infante Prada*, quienes adujeron que las órdenes recibidas por la demandante para la ejecución de sus labores eran brindadas por *AVIANCA*, ello por cuanto tales aseveraciones encuentran soporte en las documentales arrimadas al proceso, verbigracia los correos electrónicos que dan cuenta que los soportes técnicos para el uso de los aplicativos eran de *AVIANCA* (Fl. 137), el control del Avantel realizado por *AVIANCA* (Fl. 139), el comunicado de *AVIANCA* en el cual se le informa los horarios para el registro de huella (Fl. 148) y los certificados de los cursos impartidos por *AVIANCA* a la demandante para el desarrollo de sus funciones (Fls. 133-134). Probanzas que nos llevan a inferir que mientras la demandante prestó sus servicios para *AVIANCA* estuvo bajo la continua subordinación de dicha entidad.

Así las cosas, aun cuando la demandante fue vinculada a *SERVICOPAVA* mediante un convenio de asociación y se le brindó la capacitación en cooperativismo, en la realidad, las labores desempeñadas por esta se rigieron por un contrato de trabajo directamente con la empresa *AVIANCA*, pues fue para esta última que prestó el servicio, bajo su continúa 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 propios de un contrato de trabajo acorde lo reglado por el artículo 23 del C.S.T, como de forma acertada lo adujo el *a-quo*.

Derruyendo de esta forma el argumento planteado por la pasiva, pues más allá del cumplimiento de los rigorismos legales que da cuenta la documental aportada, lo cierto es que no se constató la autonomía y autogestión alegada por la Cooperativa, durante la ejecución de la Oferta Mercantil con *Avianca S.A*, sino más bien el suministro de personal, dando cuenta de una evidente intermediación laboral, actividad de por más vedada para las empresas Cooperativas acorde nuestra legislación nacional (Artículo 17 Decreto 4588 del 2006).

Dimana lógico de lo precedente, la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre la actora y *AVIANCA*, por el término comprendido del 14 de julio del 2014 al 30 de noviembre de 2017, como en efecto se determinó en primera instancia.

4.5 DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO:



De otra parte, se sostiene en la alzada que no puede fulminarse condena por concepto de indemnización por despido injusto, atendiendo a que la relación con la actora culminó, tras la finalización de la oferta mercantil.

Aseveración que de forma alguna tiene la facultad de impedir que se fulmine la condena por dicho concepto, en primera medida porque esta se hace bajo la egida de que la vinculación de la demandante mediante la Cooperativa, se ajustó a los parámetros legales que rigen este tipo de vínculo jurídico. Supuesto de hecho que quedó derruido en precedencia.

En tal medida, como quiera que existe evidencia de que *SERVICOPAVA* fue quien decidió dar por terminada la relación, mediante comunicación del 27 de noviembre del 2017, sin que mediara justa causa de despido alguno (Art. 64 del C.S.T), es patente que se fulmine la condena al pago de la indemnización por despido injusto.

4.6 DE LA SOLIDARIDAD:

Otro punto de disidencia en la alzada radica en la inexistencia de solidaridad entre *AVIANCA S.A.* y *SERVICOPAVA*, alegando como sustento de tal afirmación que no se cumplen los presupuestos legales previstos en el artículo 34 del C.S.T

Sobre este punto basta indicar que no les asiste la razón a los recurrentes al advertir que en autos no existió solidaridad, por no cumplirse los supuestos del artículo 34 del C.S.T, pues lo cierto es que en tratándose de Cooperativas de Trabajo Asociado, dicha solidaridad deviene de lo dispuesto en el artículo 2° del artículo 17 de Decreto 4588 de 2006, el cual reza:

“Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado “

Corolario de lo indicado, en razón a que en autos quedó plenamente establecido que *SERVICOPAVA* fungió como mera intermediaria laboral frente a *AVIANCA*, es patente que responda de forma solidaria por las obligaciones derivadas del vínculo laboral que se declaró en este proceso, en virtud de lo indicado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12



de febrero del 2020, previamente citada, en concordancia con el párrafo 2° del artículo 17 de Decreto 4588 de 2006.

4.7 DE LA COMPENSACIÓN:

Zanjada la existencia del vínculo laboral, procedió el fallador de primera instancia a fulminar condena en contra de *AVIANCA S.A* por el pago de las acreencias laborales, condena que fue debatida en la alzada por las demandadas, limitándose a indicar que la demandante durante la vigencia de la relación laboral percibió el pago de compensaciones ordinarias y extraordinarias.

En consideración a la forma en que fue planteado el debate en segunda instancia sobre este particular, basta indicar que aun cuando el demandante haya percibido compensaciones ordinarias y extraordinarias, tal afirmación no puede servir de óbice para que no se fulmine condena en contra de su verdadero empleador *AVIANCA S.A*, por las acreencias laborales dejadas de cancelar a la libelista.

Con todo, atendiendo a que las convocadas a juicio plantearon la excepción de compensación, este punto de la alzada será analizado con fundamento en la misma.

En tal medida, observa la Sala a folios 783 a 790, un reporte histórico de las compensaciones registradas a favor de la demandante, junto con el paz y salvo de liquidación definitiva de compensación por terminación del convenio de asociación; por lo que sería del caso, ordenar la compensación de dichas sumas de dinero a favor de las demandadas, respecto de las acreencias laborales adeudadas a la demandante, de no ser porque no obra soporte alguno de que en efecto la demandante haya recibido tales sumas de dinero, en tanto ambas documentales carecen de una firma de recibido por parte de la demandante, o cualquier otro tipo de soporte documental que permita corroborar que dichas sumas hayan sido canceladas a la demandante por transferencia bancaria o cualquier otro medio.

Es por lo anterior que no podría tenerse como prueba del pago de las acreencias laborales, sobre las cuales se fulminó condena, ninguna de las compensaciones que alegan las demandadas fueron canceladas a la libelista.

Por lo hasta aquí consignado, es menester de la Corporación confirmar en su integridad el fallo de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.



DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de junio de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso promovido por JENIFER LILIANA RANGEL MARTHA contra AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

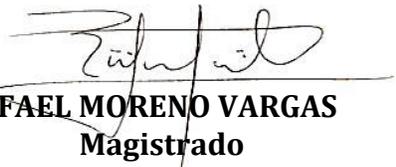
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 110013105021201800110 02
Demandante: ABELARDO BARON ARDILA
Demandado: ATP INTEGRIDAD Y CORROSIÓN SAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia proferida el 22 de agosto del 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que resultó adversa a las pretensiones del demandante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Abelardo Barón Ardila* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la *ATP Integridad y Corrosión S.A.S* a fin que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 14 de enero de 2011 al 21 de noviembre del 2017, como representante legal de la entidad, devengando como último salario la suma de \$12.000.000, en virtud del cual se le adeudan los salarios, primas de servicios, la compensación en dinero de las vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías; y en consecuencia se condene a la demandada al pago de las acreencias laborales adeudadas, la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que ingresó a laborar el 14 de enero del 2011 para desempeñar el cargo de representante legal; que las órdenes las impartía el Presidente de la Junta Directiva y en varias actas quedaron plasmados



los informes sobre las gestiones realizadas; que los proveedores siempre lo reconocieron como el Gerente de la empresa y daba órdenes e instrucciones a los distintos funcionarios de la compañía, debía realizar viajes fuera del país por relaciones comerciales, debía dar órdenes e instrucciones a distintos funcionarios, efectuaba sus comunicaciones en papelería de la empresa, era enviado a varias capacitaciones y fue vinculado como trabajador de la empresa durante el periodo comprendido del 17 de agosto al 3 de octubre del 2016; que se adeudan las acreencias laborales causadas desde el 4 de octubre de dicha anualidad, junto con las prestaciones de ley.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

ATP Integridad y Corrosión S.A.S operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que el demandante mantuvo dos relaciones laborales con la encartada, los cuales se extendieron del 16 de agosto del 2016 al 3 de octubre del 2016, con un salario de \$11.766.666 y el otro del 1° de julio al 21 de noviembre del 2017, en el cargo de Gerente con un salario de \$11.766.666; en el curso de los cuales se canceló al demandante todas las acreencias laborales y aportes a seguridad social.

Propuso como medios exceptivos los que denominó ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, falta de legitimación por pasiva e indebida integración del contradictorio y violación del debido proceso por parte del demandante – admisión de prueba ilícitamente recaudada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de agosto del 2019, declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo vigentes del 17 de agosto al 3 de octubre del 2016 y del 1° de julio al 21 de noviembre del 2017, absolviendo a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión manifestó que acorde los contratos de trabajo se colige que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, del 17 de agosto al 3 de octubre del 2016 y del 1° de julio al 21 de noviembre del 2017.



Así las cosas, especifica que resulta pertinente establecer si entre las partes existió un único contrato de trabajo del 14 de enero del 2011 al 21 de noviembre del 2017.

En primera medida encuentra que se tiene por acreditada la prestación personal del servicio, en tanto la encartada en su escrito de contestación acepta que luego de creada la empresa el demandante fue nombrado como representante legal y que fue accionista desde el año 2011, lo cual se corrobora con el certificado de Existencia de Representación de la Cámara y Comercio, así como las actas de los accionistas.

Frente a la subordinación, analizados los interrogatorios de parte se corrobora que el actor admite que las labores eran desarrolladas de forma autónoma e independiente, pues estaban encaminadas a gerenciar la empresa, dicho que concuerda con los demás medios probatorios, entre estos el Certificado de Cámara y Comercio, junto con los correos electrónicos, acorde a los cuales no tenía limitaciones para la contratación y tenía un poder amplio de decisión, sin que mediaran órdenes o subordinación alguna, máxime que no estaba sujeto al cumplimiento de un horario. Por manera que, si bien se acreditó la prestación del servicio desde el año 2011, se logró desvirtuar la subordinación.

Aduce que tampoco se acredita que el demandante percibiera un salario como retribución directa de la prestación personal del servicio percibida por el demandante, pues lo que se acordó fue que sería parte de la sociedad. Así las cosas, para el Despacho no se acreditó la existencia de un vínculo laboral durante los extremos temporales alegados por el libelista.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del libelista, es del resorte de la Sala proceder a su correspondiente análisis en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre las partes existió un único contrato a término indefinido por el periodo comprendido del 14 de enero del 2011 al 21 de noviembre del 2017.

c. Del Vínculo Laboral:

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

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

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

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en tratándose de casos relacionados con personas que desarrollan cargos



tales como los de Gerente o Representante Legal ha precisado que indistintamente de la naturaleza del cargo, resulta imperioso para el juzgador entrar a valorar si las labores fueron ejecutadas bajo continúa subordinación o realmente con plena autonomía. Así, en sentencia SL-8465 del 2015, se reiteró el mentado criterio en los siguientes términos:

“Sea lo primero señalar que acierta el tribunal cuando enmarca sus reflexiones en torno a la subordinación del actor, en clásica doctrina del Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia del 30 de junio de 1959 que publicara la Gaceta Judicial XC, 2211, 2212, 2ª parte, página 21, y que a continuación se reproduce:

“La naturaleza jurídica del contrato con los gerentes y altos empleados no se encuentra definida expresamente en la ley colombiana, y corresponde, por tanto, en cada caso, determinar si en él se dan los elementos sobre los cuales se levanta la presunción de que el servicio prestado se ha cumplido en desarrollo de un contrato de trabajo. Se agrega a ello que el art. 32 inc. a) del C. S. del T. establece que son representantes del patrono y en esa condición lo obligan con sus trabajadores, los empleados a su servicio que ejerzan funciones de dirección y administración señalando como tales a los directores, gerentes, administradores, mayordomos y capitanes de barco con lo cual parece indudable que no excluyó a quienes desempeñan esas funciones de la categoría de trabajadores en general para los efectos de la ley del trabajo. Debe recordarse que esta norma reproduce el art. 5º del decr. 2127 de 1945 que fue tomada a su vez del art. 4º de la ley federal del trabajo de México, y sobre la cual la IV sala de la corte suprema de justicia de ese país se ha pronunciado repetidamente en el mismo sentido que ahora se establece por este tribunal [...].

“Ciertamente el gerente o el administrador general de una empresa, esté o no constituida ella como persona jurídica, desempeña funciones especialísimas que por regla general se caracterizan por actos que se pueden concretar en la representación de sus intereses patrimoniales con lo cual se coloca a gran distancia de las funciones ordinarias de los restantes trabajadores. Pero no puede en ellos desconocerse el hecho de la prestación personal de sus servicios y de la energía con que concurren al enriquecimiento de la empresa. La cantidad de esta podrá ser y lo es en la realidad, un factor importante para determinar si el gerente o el administrador tendrá derecho a ciertas contraprestaciones anejas al contrato de trabajo...; pero el hecho de que no pueda...; pero el hecho de que no pueda ser determinable o no se hubiera determinado al celebrar el contrato o al conferirle el poder para actuar, no implica que se desnaturalice su calidad de trabajador.



“Y en lo tocante a la subordinación o sujeción a la persona o entidad patronal, sin la cual no puede admitirse la relación de trabajo, ella dependerá para su establecimiento, del grado y forma como lleve a cabo sus funciones, y de la existencia de organismos jerárquicamente superiores a los cuales deba condicionarlas, y además a la vinculación personal con los resultados económicos de la empresa o negocio que se le confía.

“La circunstancia de llevar la representación legal de una empresa es consecuencia lógica de la naturaleza jurídica del mandato, pero ello no implica que si su ejercicio se lleva a cabo dentro de los requisitos característicos del contrato de trabajo -servicio personal, dependencia y remuneración - este deba desecharse o se considere desnaturalizado. La ley colombiana presume el contrato de trabajo en toda relación de servicios personales, y esta presunción es universal, vale decir que comprende a todas las categorías de trabajadores, sin excepción.

“Entonces, siguiendo la doctrina transcrita y en el análisis realizado a las circunstancias en que se desarrollara la relación laboral en ambos períodos, no aparece equivocado el tribunal al desprender de las determinaciones del empleador, en relación a la época en la que el demandante debía hacer uso de sus vacaciones, la evidencia de la condición subordinada de la relación que para los señalados lapsos trabaran las partes.”

d. Del caso en concreto

Descendiendo al caso en concreto, justo resulta recabar en que no es objeto de debate que entre las partes los servicios prestados por el demandante en calidad de Gerente, durante los interregnos de tiempo comprendidos del 17 de agosto al 3 de octubre del 2016 y del 1° de julio al 21 de noviembre del 2017, en tanto así fue aceptado por la encartada en su escrito de contestación.

Dimana de lo enunciado que el objeto de debate se contrae a precisar si en lugar de dos contratos de trabajo, existió una única relación laboral por el periodo comprendido del 14 de enero del 2011 al 21 de noviembre del 2017, como lo sostuvo el demandante en el libelo genitor.

Ahora bien, luego de escuchar los interrogatorios de parte, se tiene que la demandada acepta que inicialmente el demandante fue contratado mediante la empresa *Ingeniería ATP Ltda.*, la cual dentro de sus modelos de negocio creó la empresa *Integridad ATP S.A.S.*, razón por la cual ambas compañías funcionaban en



las mismas instalaciones; de igual manera los trabajadores de *Ingeniería ATP*, también desarrollaban funciones para *Integridad ATP*; que el demandante fue nombrado como Gerente de *Integridad ATP* desde la creación de la misma, ofreciéndole en contraprestación una participación en la sociedad, actividad que desarrollaba de forma simultánea con las labores que le eran asignadas como trabajador de *Ingeniería ATP*. Precizando que al demandante siempre se mantuvo vinculado por contrato de trabajo, inicialmente mediante *Ingeniería ATP* y luego, por los problemas económicos de dicha empresa por *Integridad ATP*, por lo que algunos periodos, estuvo vinculado laboralmente con una empresa y otros con la otra.

A su turno, se desprende de la declaración rendida por el actor, que inicialmente fue contratado por *Ingeniería ATP*, pero después cuando se quería ir de la empresa se le propuso que retomaran una empresa de propiedad del demandante, y posteriormente pero luego le dijo que optarían por la creación de la compañía *Integridad ATP* en la cual él sería el Gerente y se le daría una participación del 30%; que fue así como él aceptó y crearon la nueva compañía, y tras requerirlos, le reconocieron el 25% de la participación; precisando que durante todo el tiempo continuó realizando sus funciones como trabajador de *Ingeniería ATP* y adicionalmente, asumió la Gerencia de *Integridad ATP*, actividad que desarrolló de forma autónoma e independiente dando unos buenos resultados en la gestión de la empresa, pero que al final por no estar de acuerdo con algunas decisiones, actualmente solo es propietario del 1.06%. Igualmente aclara que por problemas financieros de *Ingeniería S.A.*, se le propuso la vinculación laboral con *Integridad ATP* y luego por el mismo tema, retomó como trabajador de *Ingeniería S.A.*, para finalmente retomar el contrato con *Integridad ATP*, recibiendo la liquidación de cada uno de los contratos.

Se corrobora igualmente con la prueba documental que la empresa *ATP Integridad y Corrosión S.A.S.* fue constituida el 14 de enero de 2011 y en la misma se determinó que los accionistas designaban como representante legal y Gerente al aquí demandante (Fls 30-42); quien acorde con los correos electrónicos aportados, las Actas de las Asambleas aportadas y demás soportes documentales que dan cuenta de las actividades desplegadas por el libelista de folios 30 a 460, desarrolló los referidos cargos de forma autónoma e independiente, limitándose a rendir informes a la Junta Directiva de su gestión, acorde el propio promotor lo



admitió en su declaración, sin que se constate en forma alguna que estuviere sujeto al cumplimiento de un horario, al cumplimiento de órdenes o a la imposición de sanciones, propias de un vínculo laboral, por lo menos en lo que respecta a la hoy demandada. A *Contrario sensu* se corrobora de los correos electrónicos que al demandante no se le impartían órdenes, sino que por el contrario era este quien coordinaba de forma autónoma las labores a desarrollar dentro de la hoy demandada, sin que se avizore injerencia alguna por parte de un superior o si quiera órdenes directas de la Junta Directiva, más allá de algunos asuntos como la determinación de la cuantía de las operaciones autorizadas al demandante por parte de la Asamblea de accionista (Fl 369), de la que adicionalmente hacia parte como socio accionista, hasta de un 25%.

Asimismo, se tiene que el demandante celebró inicialmente un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa *ATP Ingeniería* el 1° de enero del 2008 (Fls 500 a 503), el cual se mantuvo vigente hasta el 16 de agosto del 2016, data para la cual se desempeñaba como Gerente (Fl 507); pasando a celebrar un contrato a término fijo con la hoy demandada el 17 de agosto del 2016, el cual mantuvo vigente hasta el 30 de septiembre de la misma anualidad (Fl. 514 y 515-522); para con posterioridad, suscribir un nuevo contrato de trabajo a término fijo con la empresa *ATP Ingeniería* en Reorganización, el 4 de octubre del 2016 (Fls 523), el cual se mantuvo vigente hasta el 30 de junio del 2017 (Fl. 545), calenda en la cual, pasó a suscribir un contrato de trabajo a término indefinido con la hoy demandada a partir del 1° de julio del 2017 (Fls 54-58 y 550-558), el cual terminó el 21 de noviembre de la misma anualidad, como se indica en la carta de terminación unilateral del contrato (Fl 59) y la liquidación del contrato de trabajo (Fl 61 y 560).

Corolario de lo hasta aquí indicado, desde la constitución de la empresa hoy demandada hasta el 21 de noviembre del 2017, el actor además de sus funciones como trabajador de *ATP Ingeniería*, asumió la Gerencia y representación legal de la empresa *ATP Integridad*, actividades que si bien desarrolló de forma personal, fueron realizadas conforme el propio dicho del demandante de forma autónoma e independiente, sin que se llegara pactar una contraprestación salarial por dicho servicio desde el inicio, distinta a una participación dentro de las acciones de la empresa, las cuales llegaron a ser del 25% y actualmente, luego de su desvinculación se mantienen en un 1,06%; lo que en suma implica que la



encartada logró derruir la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T como en efecto lo determinó el fallador en primera instancia.

Ahora bien, no pasa por alto la Corporación que durante algunos interregnos de tiempo el actor fue vinculado mediante contrato de trabajo con la hoy convocada a juicio, pero tal situación en modo alguno puede servir de óbice para tener por sentado que todo el tiempo en que asumió la Gerencia y Representación Legal de la encartada, lo fue bajo el marco de una sola relación laboral, cuando se itera se encuentra plenamente acreditado que dichos cargos fueron desarrollados con plena autonomía e independencia. Aunado a ello, es patente que durante los periodos de tiempo que no existió contrato de trabajo con la encartada, el demandante estaba vinculado mediante una relación laboral con la empresa *Ingeniería ATP*, sin que sea dable avizorar la coexistencia de un contrato de trabajo con la hoy demandada (Art. 26 del C.S.T), durante dichos interregnos de tiempo, conforme lo ya explicitado. Ello sin mencionar que el demandante como socio accionista de la hoy encartada, tenía la facultad de controvertir la forma de vinculación en la que se le mantenía como Gerente y Representante Legal, o por lo menos, someterlo a discusión, sin que se evidencie prueba alguna de que haya manifestado su inconformidad frente al particular, más allá de los correos relacionados en los que solicita que se reúnan para que se defina el reconocimiento económico que se le haría por su gestión y con ocasión a lo cual, se le brindó la participación accionaria en la empresa.

De cara a lo indicado, claro resulta que entre las partes no pudo existir un único contrato de trabajo por el periodo comprendido del 14 de enero del 2011 al 21 de noviembre del 2017.

Implica lo precedente que las pretensiones del demandante carecen de vocación de prosperidad, como de forma acertada se coligió en primera instancia, por lo que deviene lógica la confirmación de la providencia analizada en el grado jurisdiccional de consulta. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 24 201800149 01
Demandante: LUIS HERNANDO CONTRERAS NAVARRO
Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
 NACIONALES DE COLOMBIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

En atención al poder allegado por la encartada, se reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *Viviana Andrea Ortiz Fajardo*, identificada con C.C No 1.117.786.003 de Albania Caquetá y T.P No 324.209 del C.S.J, en calidad de apoderada del *Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la demandada respecto de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, así como a dirimir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada.

I. ANTECEDENTES

I.1 DEMANDA:

El señor *Luis Hernando Contreras Navarro* promovió demanda ordinaria laboral en contra del *Fondo Pasivo Social de la Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia* con el objeto que se declare que la encartada es la obligada al pago de la pensión causada por el demandante por el tiempo prestado a los *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*; se condene a la pasiva a la indexación de su pensión plena de jubilación a partir del 18 de diciembre de 1999, al pago de las diferencias pensionales y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que ostentó la calidad de trabajador oficial de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia; que le fue reconocida la pensión



de jubilación proporcional al tiempo de servicios, con un porcentaje del 56% del último salario promedio liquidado a partir de la fecha de su retiro sin consideración a la edad, con fundamento en los artículos 7º y 3º de los Decretos 895 y 1651 de 1991; que la encartada le reconoció la pensión de jubilación con efectividad a partir de la fecha de su retiro, esto es, el 2 de mayo de 1991; que su último salario en los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia fue de \$142.936,42; que nació el 18 de diciembre de 1949 por lo que fue favorecido con el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del 18 de diciembre de 1999 y que elevó el correspondiente reclamo administrativo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La pasiva en su escrito de contestación se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que la encartada aplicó a la pensión reconocida, todos los reajustes legales y en el año de 1999 modificó la tasa de reemplazo al 75%, para establecer el valor de la pensión plena de jubilación.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, la genérica, presunción de legalidad de los actos administrativos, ausencia de interés jurídico por la activa en obtener sentencia favorable a sus pretensiones en contra de la encartada, pago y falta de causa y título para pedir.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 6 de septiembre del 2019, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la encartada a reliquidar la pensión de jubilación del demandante en cuantía de \$1.084.941,59 a partir de mayo del 2014; al pago de las diferencias pensionales, debidamente indexadas y realizar los descuentos en salud a que haya lugar; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con antelación al 15 de mayo del 2014 y al pago de las costas procesales.

Como sustento de su decisión manifiesta que acorde la jurisprudencia nacional, la indexación procede respecto de cualquier tipo de pensión, indistintamente de la norma y la época en que se haya concedido, citando entre otras la sentencia SL-19778.

Conforme lo anterior, accedió a la indexación de la pensión plena de jubilación, aplicando el correspondiente IPC, como quiera que la demandada no actualizó el



salario del demandante al momento de reconocer la pensión plena de jubilación, cuando este arribó a los cincuenta (50) años de edad.

Frente a la excepción de prescripción, teniendo en cuenta el término trienal contemplado en la norma, se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con antelación al 15 de mayo del 2014, data para la cual la mesada pensional asciende a \$1.084.941,59 con los correspondientes descuentos a salud a que haya lugar. Finalmente, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P, impuso costas a cargo de la parte demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandada interpone recurso de apelación en el que en suma indica que la figura de la indexación o actualización monetaria no opera con ninguna normativa anterior a la Ley 100 de 1993, ni mucho menos a las normas aplicadas para el reconocimiento de la pensión de jubilación. De igual forma, que la jurisprudencia ha reiterado que la indexación procede cuando ha mediado tiempo entre la fecha de retiro y la data de disfrute de la pensión, lapso de tiempo que implica un desmedro en el reconocimiento de la pensión.

En el presente evento la pensión especial reconocida al demandante se hizo efectiva a partir del día siguiente de la terminación de la relación laboral y la pensión plena se le reconoció sobre la base de la liquidación actualizada para la fecha del reconocimiento de la pensión y por tal razón, no se infiere que la pensión plena de jubilación deba ser indexada.

IV. CONSIDERACIONES

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, reunidos los presupuestos procesales y habiéndose agotado el requisito previo de la reclamación administrativa, se verificará si el actor tiene derecho a la indexación de su pensión de jubilación.



c. De la indexación de la primera mesada pensional:

Sea lo primero indicar, que no es materia de discusión el vínculo contractual entre el señor *Luis Hernando Contreras Navarro* y el extinto *Ferrocarriles Nacionales De Colombia*, por el periodo comprendido del 18 de noviembre de 1975 al 27 de mayo de 1991.

Tampoco es objeto de debate, que al actor le fue reconocida pensión proporcional de jubilación mediante Resolución No. 2072 del 23 de agosto de 1991 en un porcentaje del 56%, el que fue incrementado en un 75% en virtud de la pensión plena de jubilación a través de Resolución No. 1330 del 11 de mayo del 2000 a partir del día siguiente en que cumplió los 50 años de edad, esto es el 18 de diciembre de 1999.

Aclarado lo anterior, se tiene respecto de la indexación que esta se torna procedente, en la medida que es claro que ante la existencia del fenómeno inflacionario, el valor de las mesadas pensionales que han debido recibir los demandantes desde el momento de su causación, han sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Conviene rememorar la jurisprudencia que ha sido reiterada de manera pacífica por parte de la SL CSJ respecto del reconocimiento de la indexación de mesadas pensionales, entre otras, en la SL 908 de 2018 con radicación 52503 del 13 de marzo del 2018, el criterio expuesto en la sentencia SL 736 de 2013:

“[...]la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad. [...]”

Así mismo, frente al tema de la indexación, la SL CSJ en sentencia SL 11912 de 2017 dijo que:



“[...]se trata de reconocer al beneficiario de una condena la pérdida de poder adquisitivo que experimenta el dinero en una economía inflacionaria como la nuestra, aspecto este último que reviste las características del hecho notorio, de manera que lo que se busca con tal instrumento es que el acreedor de la prestación no reciba tan sólo las especies a que nominalmente tenía derecho en un momento dado (su valor extrínseco), apocadas en su valor intrínseco por el paso del tiempo, sino que cuando las reciba conserven el mismo potencial económico que tenían para la época en la que debieron ser pagadas, esto es, conservado su poder de compra en el mercado (su valor intrínseco), por donde es obvio que con la indexación, en modo alguno, se sanciona al deudor de una determinada obligación de pagar sumas de dinero, porque con ella tan sólo se busca asegurar la el equilibrio económico de las prestaciones en mercados con tendencia inflacionaria.”

Por otra parte, conviene aclarar que no en todos los casos debe aplicarse la indexación ya que debe determinarse en primer lugar si existe una desmejora real del poder adquisitivo del dinero que la justifique, conforme lo ha expuesto la SL CSJ en sentencias CSJ SL, 12 ago. 2012, rad. 46832, y en la SL 5509 de 2016:

*“Ahora bien, en efecto tal como lo afirma el recurrente y lo entendió el mismo Tribunal, la teleología de la figura de la corrección monetaria de las pensiones no es otra sino la de contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país, **para mantener el valor adquisitivo de aquéllas, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo entre el retiro del servicio del trabajador y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para el otorgamiento de la pensión**, tal como lo sostuvo esta Sala en las sentencias que modificaron los criterios jurisprudenciales anteriores en la materia, es decir, en las sentencias de 20 de abril de 2007 (Rad. 29470) y 31 de julio del mismo año (Rad. 29022)...”*

*Sin embargo, es precisamente a partir de la finalidad de la corrección monetaria de las pensiones, que puede sostenerse que no en todos los casos ... se deberá aplicar de manera automática e inexorable dicha figura, toda vez que habrá que determinar si en el asunto concreto el objetivo de aquélla se materializa, **al existir una desmejora real del valor del IBL que justifique la procedencia de la misma o si, por el contrario, al no verificarse la depreciación de la base salarial no tendría cabida.”***

Ahora bien, en el *sub-examine* cabe precisar que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció al demandante una pensión de jubilación especial y proporcional al tiempo laborado de acuerdo con el artículo 7º del Decreto Ley 895 del 3 de abril de 1991, modificado por el artículo 3º del Decreto 1651 de 1991, norma que estableció: *“Los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia del presente Decreto o durante el término de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia tuvieren quince (15) o más años de servicio en la empresa, tendrán derecho sin consideración a su edad, a una pensión de jubilación proporcional*



correspondiente al tiempo de servicio”, determinándose la tasa de reemplazo en proporción al tiempo laborado.

Por otra parte, se contempló que tendrán derecho a la pensión de jubilación ordinaria del 75% del salario promedio. Tal reajuste, le fue otorgado al libelista cuando efectivamente arribó a la edad de los 50 años, lo que se muestra acorde con lo dispuesto en la parte final del artículo 7º del Decreto Ley 895 de 1991, configurando así su pensión plena de jubilación.

Es preciso indicar que si bien, la H. Corte Constitucional en Sentencia SU-1073 de 2012, de manera enfática zanjó cualquier tipo de controversia, respecto de la aplicación de la indexación sobre mesadas pensionales, al señalar que la misma es aplicable a todas las pensiones, incluso a aquellas que fueron reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, al igual que lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; es lo cierto que tal consideración, que se comparte, no resulta aplicable en estos casos tal como pasa a explicarse.

En un principio, la pensión del actor se les aplicó un porcentaje proporcional al tiempo de servicio acreditado al momento de su retiro, ello se debió a que conforme lo dispuso el artículo 7 *ejusdem*, dicha pensión fue de carácter especial, confiriéndose sin tener aún el tiempo de servicio y la edad exigida para la pensión ordinaria, como un mecanismo previsto por el legislador con la finalidad de facilitar la liquidación de la extinta EMPRESA DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, creándose este régimen especial con privilegios jubilatorios más favorables en relación con los demás servidores públicos, tal como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien señaló:

*“[...] los Decretos 895 y 1651 de 1991 se expidieron para facilitar la liquidación de la empresa Ferrocarriles Nacionales, según lo expresó textualmente el legislador en la Ley 50 de 1990, artículo 112, es decir, **con un sentido netamente provisorio, tendiente a solucionar una problemática específica a muy corto plazo y resultaría contrario a esta finalidad que, para tiempos posteriores a la liquidación de la empresa quedarán pendientes a su cargo expectativas o situaciones jurídicas sin definición.** Además, el régimen contemplado en los decretos otorgó unos privilegios jubilatorios especiales y excepcionales a raíz de un evento también extraordinario, que superaban por mucho las previsiones aplicables al conjunto de servidores públicos, de forma que las exigencias y requisitos establecidos para adquirir los derechos deben interpretarse atendida la finalidad del sistema¹”.*

¹ Sentencia radicada al No. 42807 del 7 de noviembre de 2012.



Como se aprecia, la naturaleza jurídica de la pensión especial contemplada en las normas citadas, fue de carácter provisional atendiendo la finalidad ya precisada, por lo que se concluye, que no se trata de dos pensiones diferentes, sino de la misma, la cual se empezó a pagar antes, y de manera proporcional al tiempo laborado, bajo las circunstancias especiales antes descritas, pues su configuración emerge de una misma fuente legal y con base en el mismo tiempo de servicios, y si su otorgamiento se hizo de manera anticipada y proporcional, ello atendió una especial situación para facilitar la liquidación de la EMPRESA DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Así las cosas, se puede concluir que al demandante le fue reconocida una pensión por acumular más de 15 años de servicios exclusivos a la empresa, la cual fue incrementada en su porcentaje cuando cumplió 50 años de edad, siendo objeto de los respectivos reajustes e incrementos legales y que se estructuró como pensión vitalicia de jubilación.

Ahora, como el reconocimiento de la pensión se hizo al término del contrato de trabajo y esta fue objeto de los incrementos legales, no hay lugar a indexar ninguna base salarial por el hecho de elevarse la tasa de reemplazo, ya que su base fue precisamente el promedio del salario devengado, a la cual se le han aplicado los incrementos de ley.

Precisamente en el artículo 10º del Decreto 895 de 1991, se estableció que la pensión especial inicialmente reconocida al actor, *“se asimilarán y sustituirán a la pensión vitalicia de jubilación y se liquidarán con el promedio del salario devengado durante los últimos seis (6) meses de servicio en la Empresa”*.

Por lo expuesto, se colige que no es procedente indexar la pensión plena reconocida, pues quedó además demostrado que fue pensionado desde el momento mismo en que se desvinculó de su cargo como trabajador oficial, por lo que la base pensional no sufrió pérdida del poder adquisitivo. De acuerdo con ello se revocará la sentencia apelada.

Valga decir, que, por las razones antes estudiadas, esta Sala de decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SL 5334 de 2018.

En tal sentir se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, relevándose la Sala del estudio de los demás medios exceptivos, dadas las resultas de la presente litis.



Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar absolver de todas las pretensiones a la parte demandada. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

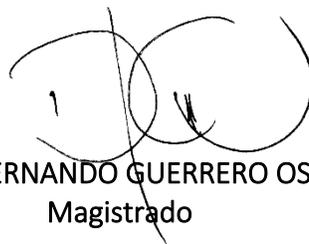
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de septiembre del 2019, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del presente proceso, para en su lugar absolver a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por las razones antes estudiadas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

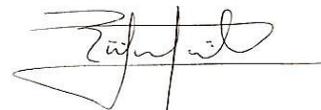
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 29 2018 00155 01
Demandante: JOSÉ MACEDONIO SÁNCHEZ TALERO
Demandado: ELECTRO OLYMPIA S.A.S., HÉCTOR ZAPATA FRANCO, FANNY GÓMEZ DE ZAPATA y FRANCISCO JULIÁN ZAPATA GÓMEZ.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1. LA DEMANDA:

El señor *José Macedonio Sánchez Talero*, instauró demanda ordinaria en contra de *Electro Olympia S.A.S, Héctor Zapata Franco, Fanny Gómez de Zapata y Francisco Julián Zapata Gómez*, con la finalidad que se declare un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 19 de enero de 1998 y el 6 de abril de 2015.

En virtud de ello, se condene a los demandados al reconocimiento y pago de cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, subsidio de transporte, aportes al Sistema de General de Seguridad Social en Salud y Pensiones junto con el reintegro de los valores que dice haber aportado al sistema, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por la omisión en el pago de prestaciones sociales e indexación; pretensiones que estima sobre toda la temporalidad del contrato de trabajo alegado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido y en forma ininterrumpida con la empresa demandada, por el



periodo comprendido entre el 19 de enero de 1998 y el 6 de abril de 2015, desempeñando el cargo de Técnico en Equipos Terminales de Telefonía Fija, consistiendo sus funciones en la reparación de equipos terminales tanto de clientes de la empresa como de la mercancía importada, domicilios para la entrega de insumos a los clientes, el trámite de la cancelación de pago de aportes a seguridad social de los demás empleados vinculados a la empresa, entre otras.

En cuanto al salario, adujo que acordaron con la empresa que se le pagaría a destajo el 45% del valor de cada reparación que realizara y la empresa adquiriría el restante 55%; que cumplía con un horario de trabajo de lunes a viernes de 9:30 a.m. a 3:00 p.m., siendo su jefe inmediato el señor *Héctor Zapata Franco*, Gerente de la empresa, recibiendo órdenes también de la señora *Fanny Gómez de Zapata*, quien era la sub Gerente, y del señor *Julián Francisco Zapata Gómez*, quienes a su vez eran la esposa e hijo del Gerente respectivamente.

Refirió que prestó personalmente sus servicios bajo subordinación y dependencia constante de los demandados, quienes le imponían la cantidad de reparaciones que debía realizar en su jornada laboral, a tal punto que se quejó por la desigualdad de la distribución del trabajo frente a los demás técnicos que existían en la empresa, ya que existía una sobre carga laboral.

Que en razón de lo anterior presentó problemas en su salud, sin que la pasiva le hubiese realizado aportes al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario, en el año de 2002 se le indicó que debería efectuar sus propios aportes, por lo que se vio en la obligación de cotizar como independiente, situación que conllevó a solicitarle a su sobrina *Blanca Marleny Puerto* que lo afiliara durante el mes de noviembre de 2003 hasta el mes de junio de 2007, y con posterioridad cotizó como independiente desde enero de 2008 hasta el finiquito del vínculo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado *Francisco Julián Zapata Gómez* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual adujo que no le consta que entre el actor y la empresa *Electro Olympia S.A.S* haya existido contrato de trabajo alguno, ni mucho menos con él como empleador, sumado a que nunca existió ningún tipo de subordinación, ya que el demandante era un contratista independiente de reparación de equipos telefónicos que en nada tiene que ver con los domicilios que aduce.



Formuló las excepciones de inexistencia del vínculo laboral alegado, caducidad y prescripción.

Por su parte los demandados *Electro Olympia S.A.S., Héctor Zapata Franco y Fanny Gómez de Zapata* se opusieron a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, refiriendo que nunca han sido empleadores del actor y no se le impartieron órdenes, de ahí que no se presente subordinación. Que el actor fue contratista independiente como muchos otros que existían en la empresa, quienes reparan equipos usados de comunicación a los diversos almacenes del sector.

Formularon las excepciones de inexistencia del vínculo laboral alegado, caducidad y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 15 de julio de 2019 absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra.

A esta conclusión llegó la *a-quo*, tras considerar en primer lugar que, no se logró demostrar un verdadero contrato de trabajo con los demandados en calidad de personas naturales, esto es, con *Francisco Julián Zapata Gómez, Héctor Zapata Franco y Fanny Gómez de Zapata*.

Lo anterior, con ocasión a que de las pruebas no se advirtió que el actor hubiese tenido vínculo de carácter laboral, pues si bien se evidenció la existencia de la prestación del servicio, no quedó claro si las funciones que desempeñaba fueron subordinadas respecto de los demandados o de manera independiente, máxime si dicha prestación fue esporádica; esto debido a que en el interrogatorio de la señora *Fanny Gómez de Zapata*, se admitió que en algunas ocasiones el demandante como técnico de teléfonos le prestó el servicio técnico, no obstante que ella tenía un almacén distinto al de la empresa demandada.

Que en el mismo sentido se recepcionó el interrogatorio de *Francisco Javier Zapata*, quien declaró que cuatro o cinco años antes de la presentación de la demanda, le compró el almacén a su señora madre y que en virtud de esa compra el actor en ocasiones le arreglaba algún tipo de teléfono, sin que se precisara con exactitud cuándo y con qué tiempo prestó el servicio, como tampoco si estos almacenes hacían parte de la empresa demandada, situaciones por las que dispuso absolver.



Frente a la empresa demandada *Olympia S.A.S*, concluyó igualmente que no se logró demostrar contrato de trabajo, por cuanto en el interrogatorio de parte surtido al representante legal de la empresa, éste fue enfático en advertir que el demandante prestaba sus servicios de técnico, y en retribución de ello acordaron que se le cancelaría el 45% del valor que representaba el este servicio, no obstante el elemento de la subordinación no se demostró, toda vez que no existe ninguna probanza que evidencie que el demandante cumplía órdenes de la pasiva, más aún, si el actor en el interrogatorio de parte no logró demostrar su dicho.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la apeló, para lo cual expuso que debe analizarse la confesión de los interrogatorios de parte de los demandados, ya que fueron evasivos en sus respuestas, puntualizando que el señor *Héctor Zapata* en una de las preguntas manifestó que el actor efectivamente laboró desde 1998.

De igual manera que se debe tener en cuenta los indicios que se ocasionan de las respuestas evasivas de los interrogatorios de parte, sin que la Juez de instancia hubiese tenido en cuenta su propia confesión.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si entre las partes se constituyó un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 19 de enero de 1998 y el 6 de abril de 2015.

De prosperar la existencia del contrato de trabajo, la Sala abordará las pretensiones de carácter condenatorio.



c. Del caso en concreto:

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

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

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

Así las cosas, de las pruebas arrimadas al plenario, puede concluir la colegiatura que el aquí demandante logró acreditar la prestación personal del servicio, prueba de ello fueron los interrogatorios surtidos a los extremos demandados, señores *Francisco Julián Zapata Gómez, Fanny Gómez de Zapata y Héctor Zapata Franco*, último quien a su vez era representante legal de la empresa demandada *Electro Olympia S.A.S*, los cuales fueron congruentes en indicar que el actor desempeñaba las actividades de técnico de reparaciones de telefonía, la cual fue desempeñada en las instalaciones de la empresa.

Lo anterior, también se puede corroborar de la certificación emanada por la empresa *Electro Olympia S.A.S* de calenda 30 de noviembre de 2007, donde se aprecia que el actor prestaba sus servicios en forma independiente desde el 1º de marzo de 2002, como técnico de equipos terminales de telefonía fija, y que por dicha actividad recibía un porcentaje del 45% de las reparaciones (Fl. 17).

En lo que respecta al elemento subordinante, debe acotarse que el actor en el libelo genitor adujo haber prestado servicios para la empresa accionada, refiriendo no



obstante que las órdenes eran impartidas por las personas naturales accionadas, sumado a que, en el interrogatorio de parte surtido, precisó que no podía trabajar para otras empresas porque no le era permitido.

Sus dichos se contrarían con lo expuesto en el mismo interrogatorio de parte, pues adujo que si bien desempeñaba sus actividades en el almacén de *Electro Olympia S.A.S*, también arguyó que los demandados tenían dos almacenes más, donde en ocasiones arreglaba la telefonía cuando la oferta de demanda era bastante, lo cual evidencia una contradicción y denota que el actor prestaba el servicio para otras personas además de la empresa; circunstancia por la cual, estos aspectos desvirtúan la subordinación de las personas naturales como empleadores en la empresa, así como la subordinación respecto de la sociedad.

Lo anterior también se sopesa en el hecho que confrontado el certificado de existencia y representación legal de la demandada *Electro Olympia S.A.S* (Fls. 2 a 4), su contenido no evidencia que la empresa haya tenido establecimientos de comercio ajenos al del domicilio principal ubicado en la Calle 20 No. 8-22 de la Ciudad de Bogotá.

Ahora bien, del interrogatorio de parte surtido por el demandado y representante legal de la empresa, señor *Héctor Franco Zapata*, se indicó que si bien el aquí demandante señor *José Macedonio Sánchez* prestó el servicio de técnico para arreglar la telefonía, dicha actividad se dio con ocasión a que inicialmente se le arrendó un espacio al hermano del actor de nombre *Adonái Sánchez Talero*, y de ahí que el accionante desempeñara esta actividad, circunstancia por la que se acordó un porcentaje en las ganancias de esos arreglos con el fin de que el demandado percibiera el arrendamiento, y a su vez el demandante obtuviera unas ganancias, lo cual fue corroborado en el interrogatorio de parte del demandante, quien también refirió que inició a laborar para la familia accionada por intermedio de un hermano, acordando con el señor *Héctor Franco Zapata* como pago, el 45% de los arreglos que efectuara.

De igual manera el accionado refirió que si bien existieron unas cuentas de cobro, las cuales se acreditaron en el expediente y que no fueron refutadas de falsas, pues incluso las aceptó en su declaración y que se circunscriben a los meses de marzo de 2005 hasta enero de 2015 vistas a folios 18 a 168, estas eran realizadas con ocasión a que debía existir un control de cuántos arreglos o mantenimientos gestionaba el actor por la actividad de técnico, pero que el demandante en ningún momento recibía órdenes ni cumplía horario, aunado a que los clientes que llegaban a solicitar los servicios de reparación eran exclusivamente del actor por ser el técnico, a tal punto,



que era el mismo demandante quien realizaba los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en forma independiente.

Por su parte la demandada *Fanny Gómez de Zapata*, quien es cónyuge del señor *Héctor Franco Zapata*, al momento de interrogársele, resaltó que tenía un negocio constituido legalmente ajeno a la empresa denominado *Teléfonos y Telemonederos*, y que el demandante junto con su hermano le pasaban cuentas de cobro por algunos teléfonos que le reparaban, en tanto el negocio prestaba la misma actividad que la empresa demandada, pero sin que el demandante ejerciera sus actividades dentro de ese establecimiento de comercio.

A su vez, el señor *Francisco Julián Zapata Gómez*, hijo de *Fanny Gómez de Zapata* y *Héctor Franco Zapata*, en el interrogatorio rendido manifestó que tiene un almacén de las mismas características a la de la empresa *Electro Olympia S.A.S.*, ya que le compró a su madre el establecimiento comercial *Teléfonos y Telemonederos* aproximadamente cuatro o cinco años antes de la presentación de esta demanda. En lo que respecta a la específica situación del actor, arguyó que nunca le firmó alguna cuenta de cobro ni pagó algún concepto, pero tenía conocimiento que esas cuentas eran para conocer qué se debía pagar como consecuencia del mantenimiento que como técnico realizaba.

De lo anterior se puede colegir, que contrario a lo expuesto por la parte demandante en el recurso de alzada, los demandados no confesaron haber ejercido subordinación sobre el demandante, por el contrario, fueron contestes en resaltar que el demandante no fue atado a ningún tipo de órdenes y que su actividad siempre la desempeñó en forma independiente.

Otro aspecto relevante, es que se recaudaron los testimonios pedidos por la parte demandante de *Blanca Marleny Puerto*, *Giovanni García* y *Fernando Cortés*, la primera adujo que conoce de la relación laboral que tuvo el actor con los extremos demandados, en tanto era su sobrina y fue quien lo afilió al sistema de seguridad social en pensiones, así como que sabía que el actor cumplía un horario ya que lo veía salir de su casa y llegar después de las seis de la tarde, aunado a que en algunas ocasiones lo visitó en las instalaciones de la empresa demandada y salían a almorzar.

El declarante señor *Giovanni García* dijo no conocer a los demandados, que conoce al actor porque trabajaba al frente de donde se reunían en la plaza de mercado, distinguiéndolo hace aproximadamente 14 años porque tanto él como el demandante trabajaban en el área de comunicaciones porque todo el gremio se conoce. Dijo que



no sabía cómo se manejaba *Electro Olympia S.A.S.* ni tampoco cómo era la modalidad contractual que la empresa tenía con el demandante, precisando que siempre veía al demandante con una blusa que lo identificaba como trabajador de dicha sociedad.

A su turno, *Fernando Cortés* dijo que conocía al señor *José Macedonio* aproximadamente hace 15 años porque trabajaban con la misma actividad, esto es, técnico de mantenimiento de telefonía, y porque era conocido del hermano del actor. Que le constaba que el actor usaba una bata con el logo de la empresa *Electro Olympia S.A.S.*, porque salían a almorzar y la utilizaba, pero no le constaba cómo era la modalidad contractual que tenían las partes.

Los argumentos expuestos por los testigos, a Juicio de la Sala no advierten que en efecto se hubiese presentado el elemento subordinante, ya que a pesar de manifestar que el demandante desempeñaba una actividad al servicio de *Electro Olympia S.A.S.*, por cuanto *Blanca Marleny Puerto* lo veía salir de la casa y en algunas ocasiones lo frecuentaba en la empresa, y *Giovanni García* y *Fernando Cortés* afirmaron que lo veían con vestimentas que portaban el logo de la empresa cuando se encontraban en la plaza de mercado o almorzaban, esas afirmaciones no inciden para que tengan un directo conocimiento de cómo se estaba desempeñando la actividad del demandante, máxime si todos fueron contestes en precisar que no sabían en qué condiciones se había pactado la actividad desempeñada por el demandante.

Otro aspecto a resaltar para concluir que se logró desvirtuar el elemento subordinante, es que confrontadas las cuentas de cobro objeto de análisis que ya se enunciaron en estas consideraciones (Fls. 18 a 168), de su contenido en términos generales tan solo se denota una descripción del número de las órdenes de servicio, el nombre del cliente, la marca del teléfono reparado y su precio, sin que incluso exista claridad a cuál sujeto demandado se remitieron, talante que sopesa más aún la independencia del demandante para con los extremos demandados, máxime si dentro de su contenido no existe o advierte un pago que pueda llegarse a entender como salario.

Por las razones expuestas, no le asiste derecho al apelante que indique que los interrogatorios de parte surtidos por los extremos demandados fueron evasivos, como quiera que se recaudaron sin existir oposición alguna durante el trámite de primera instancia, ni presentando objeciones de sus exposiciones, por lo que no puede el actor pretender en esta instancia que se evalúe la manera de cómo se evacuaron.



En tal sentido, la sentencia de primer grado será confirmada en su integridad.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 15 2018 00178 01
Demandante: LUZ MÓNICA RICAURTE GONZÁLEZ
Demandado: ECOPETROL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Luz Mónica Ricaurte González*, formuló demanda ordinaria en contra de *Ecopetrol S.A.*, con la finalidad que se declare que las retenciones en dinero con fines compensatorios que efectuó esta última, por concepto de auxilio de cesantías son ilegales.

Por consiguiente, se condene a *Ecopetrol S.A* a reconocer debidamente dentro de los extractos correspondientes, los saldos a su favor que debería tener por concepto de auxilio de cesantías e intereses de la mismas que se dejaron de reconocer desde el mes de julio de 2012; consecuentemente, al pago de los intereses legales a que haya lugar,



liquidados desde el 1º de julio de 2012 y hasta el momento real y efectivo del pago de la obligación.

Asimismo, se la condene al pago de la sanción establecida en el numeral 3º del artículo 1º de la Ley 52 de 1975, por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, al igual que se exhorte a la entidad de abstenerse a realizar actuaciones de hecho que atenten en contra de sus derechos fundamentales y laborales de sus empleados, y agote el procedimiento judicial o administrativo a efectos de resolver las diferencias con sus trabajadores.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que en la actualidad se encuentra vinculada laboralmente con la demandada desde el 23 de octubre de 1989; que en el 2010 interpuso acción de tutela en contra de la pasiva por considerar que se había vulnerado su derecho fundamental a la igualdad debido a que la empresa la había discriminado cuando puso en marcha una política de “*compensación salarial*”, concerniente en que a todos los trabajadores de dirección, confianza y manejo, les reconoció el pago de una remuneración periódica, pero para trabajadores como ella, la misma no tiene carácter salarial, mientras que otros que ocupan los mismos cargos y funciones sí la ostentan.

En virtud de ello, en sede de primera instancia el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, el 11 de agosto de 2010 concedió la tutela por considerar que existía un tratamiento diferencial en materia salarial que resultaba violatorio del derecho a la igualdad, ordenándosele a la pasiva que en un término de cuarenta y ocho horas, aplicara a cada uno de los accionantes el beneficio económico como factor salarial, ordenándose liquidar en forma retroactiva todos los derechos legales y convencionales reconocidos, decisión que se confirmó por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 9 de septiembre de 2010.



Como consecuencia de la sentencia de tutela, *Ecopetrol S.A* desembolsó unos valores justificados en dos rubros, como lo fue el ajuste en salarios y el ajuste en prestaciones sociales, por lo que, al 31 de diciembre de 2010 el saldo de cesantías brutas fue de \$228.826.940, y el total de retiros acumulados fue de \$120.030.200.

Que el 6 de julio de 2011, la Corte Constitucional en sentencia T-536 de 2011, revocó los pronunciamientos de instancia bajo el entendido que la acción de tutela era improcedente, advirtiendo a *Ecopetrol S.A* que podía iniciar las actuaciones judiciales tendientes a recuperar los dineros que hubiere pagado por la orden tutelar.

Por consiguiente, la pasiva el 9 de junio de 2014, instauró demanda ordinaria laboral solicitando los dineros desembolsados sin incluir los dineros pagados por concepto de auxilio de cesantías.

Seguidamente, que el 30 de julio de 2012 *Ecopetrol S.A* adujo que existía un saldo negativo de cesantías en la suma de \$132.014.280, por lo que, a partir del mes de julio del año de 2012, en una actuación de hecho y unilateral, la entidad comenzó a retenerle todos los ingresos generados por concepto de auxilio de cesantías sin aviso previo, a fin de compensar el auxilio legalmente reconocido con el saldo negativo.

Por último, adujo que desde el 30 de julio de 2012 tampoco le han sido reconocidos intereses a las cesantías, por lo que ha interpuesto derechos de petición con destino a la pasiva, e incluso un trámite ante el Ministerio del Trabajo, sin que se haya resuelto este aspecto a su favor.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Ecopetrol S.A* se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Dijo que por la decisión de la sentencia T- 536 de 2011 emanada por la Corte Constitucional, se realizaron los ajustes correspondientes a las prestaciones sociales de la señora *Mónica González Ricaurte*, incluidas las cesantías objeto de reproche, así como el salario.



Que por las resultas de la decisión constitucional, el salario de la actora disminuyó de pasar de \$11.654.864 para el 15 de junio de 2012 a \$5.735.619 para el 30 de junio de 2012, razón por la que, las cesantías de la actora eran negativas, en atención a que estas se encuentran en el régimen de cesantías tradicionales o de retroactividad, pues su vinculación fue anterior al 1º de enero de 1991; es decir, que la liquidación de las cesantías se dio con ocasión del salario devengado por el tiempo laborado, de lo que se incide que el hecho de que la demandante tenga un saldo negativo de cesantías, no quiere decir que se haya efectuado retención alguna sobre dichos emolumentos.

Por estos aspectos puntualizó que, debido al aumento del salario de la actora producto de los fallos de tutela, realizó retiros de sus cesantías, y al haber sido revocado el fallo, la liquidación por este concepto se realizó con el salario para la fecha y de forma retroactiva, lo que conllevó a que produjera un cruce de cuentas entre los retiros realizados por la actora y el saldo de la liquidación, siendo superior el retiro que el saldo disponible.

Formuló las excepciones previas de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de julio de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que en atención al sistema retroactivo de cesantías que ostenta la demandante en los términos de la Ley 50 de 1990, la liquidación final de cesantías se efectúa al momento del retiro, pero las demás liquidaciones en el desarrollo del vínculo laboral y conforme el salario que se haga en su momento corresponde a liquidaciones parciales.



En tal sentido, consideró que *Ecopetrol S.A* no ha actuado en contravía de lo dispuesto legalmente, en la medida que no efectuó ningún tipo de retención a la actora, como tampoco le exigió un reintegro de cesantías que se derive de la orden constitucional en atención de la sentencia T-536 de 2011.

Señaló que lo único que se observó a lo largo del proceso, incluida la inspección efectuada a la pasiva, fue que esta última hizo un balance anualmente respecto a una liquidación parcial de cesantías, observándose que en algunos periodos dicho balance era negativo frente a la actora en calidad de trabajadora, concluyendo que se han pagado más cesantías parciales a las realmente causadas a la fecha de la sentencia, sin que en ningún momento de le haya retenido suma alguna por esta pretensión, de ahí que se presente el saldo negativo que alude la actora.

Que por tal razón, *Ecopetrol S.A* no ha actuado en indebida forma, ya que dada la característica o particularidad que gozan la figura de las cesantías, estas se hacen efectivas al momento del retiro conforme lo dispone el artículo 249 del C.S.T, sin que la actora en la actualidad se encuentre desvinculada de la empresa, aspecto que no las hace exigibles, de lo que resulta legal que por la decisión de la Corte Constitucional, dejó de existir la causa que originó este pago parcial.

En lo que respecta a los intereses a las cesantías decidió que, al no existir saldos positivos a favor de la actora, era lógico que no tuviese derecho sobre esta pretensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. Argumentó que en ningún momento se produjo un saldo negativo para la demandante como lo dispuso el *a-quo*, en tanto tal afirmación implicaría que lo trabajado con el aumento del salario no es válido.

Que las cesantías siempre serán positivas, a menos que haya un crédito sobre las cesantías, y que lo que eventualmente se adeude a *Ecopetrol S.A* es por concepto de un fallo de tutela,



por lo que la entidad debió accionar absteniéndose de hacer retenciones injustificadas, de ahí que el artículo 59 del C.S.T. prohíba retener sumas de salarios y prestaciones en dinero de sus trabajadores, dejándose notoriamente desprotegidos sus derechos laborales basado en el fallo de tutela.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si *Ecopetrol S.A* efectuó retenciones en dinero por concepto de las cesantías retroactivas de que goza la demandante en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990, basado en la decisión de la Corte Constitucional de la sentencia T-536 de 2011.

De prosperar el problema jurídico principal, se establecerá si es procedente que la pasiva le reconozca a la actora los saldos a favor por concepto de cesantías e intereses a las mismas que se dejaron de reconocer desde el mes de julio de 2012, junto con el pago de intereses legales a que haya lugar, la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, así como que se le exhorte a dejar de efectuar dicho descuento en adelante y agote los mecanismos judiciales correspondientes a efecto de resolver las diferencias que aquí se discuten.

c. Del caso en concreto:



Previo a abordar el problema central que ocupa a la Sala, se precisa que no es objeto de reproche que la aquí demandante señora *Luz Mónica Ricaurte González* es trabajadora al servicio de *Ecopetrol S.A* desde el 23 de octubre de 1989, como así lo aceptó la pasiva en el hecho primero de la demanda, lo cual se corrobora con la copia del contrato de trabajo (Fls 3 y 13 a 14).

La inconformidad principal de la demandante se centra en el hecho que con ocasión a la decisión de la sentencia T-536 de 2011, la demandada ha venido efectuado las deducciones de sus cesantías e intereses de las mismas.

Para lo respectivo, es menester informar en primer lugar, que obra dentro del plenario la sentencia T-536 de 2011 proferida por el Tribunal Constitucional (Fls 32 a 42), la cual, revocó la sentencia emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 9 de septiembre de 2010, y que a su vez había confirmado la sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta.

El tema principal en dichas decisiones, giró en torno de que a varios accionantes, incluida la señora *Luz Mónica Ricaurte González*, se les vulneró el derecho fundamental a la igualdad, porque a su juicio se les había discriminado por parte de *Ecopetrol S.A* con ocasión a la política de compensación salarial, en virtud de la cual todos los trabajadores de dirección, confianza y manejo se les había reconocido el derecho al pago de una remuneración periódica que para algunos no tenían carácter salarial, y para otros que ocupaban sus mismos cargos y desempeñaban sus mismas funciones sí lo tenían.

Dicho amparo a pesar de haberse reconocido tanto en primera como en segunda instancia por las autoridades judiciales ya referidas, en sede de revisión por la Corte Constitucional en sentencia del 6 de julio de 2011 fueron revocadas por considerarse que no se presentó prueba idónea que lograra demostrar que a los trabajadores accionantes se les hubiese quebrantado derecho alguno, decisión que a su vez dispuso que *Ecopetrol S.A* podía iniciar las acciones judiciales conducentes con el fin de recuperar los dineros que hubiera pagado.



Como es claro, *Ecopetrol S.A* no podía efectuar retenciones en dinero de la aquí demandante sin previa orden de autoridad judicial competente.

Puestas así las cosas, corresponde definir el tema de la figura de las cesantías retroactivas que cobija a la actora, en los términos de la Ley 50 de 1990, pues como ya se dijo, suscribió contrato de trabajo con anterioridad a la entrada en vigencia de la mentada disposición. Al respecto, el artículo 98 de la norma regula:

“ARTICULO 98. El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1o. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley.

2o. El régimen especial que por esta ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.

PARAGRAFO. Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge”.

Igualmente, el Capítulo VII del C.S.T., en su artículo 249, en lo que concierne al tema de las por regla general dispone que *“todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año”.*

Frente al tema puntual de las cesantías retenidas que alega la aquí demandante, dentro del plenario obra copia de una repuesta de *Ecopetrol S.A* con destino a la actora de calenda 5 de enero de 2015, la cual no fue tachada de falsa (Fls 164 a 168).

De la enunciada documental, puede apreciarse que la actora con anterioridad a la sentencia emanada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, esto es, el 9 de septiembre de 2010, venía devengando una asignación salarial básica mensual promediada en



\$5.106.359, y para el mes de diciembre de 2010, su salario aumentó ostensiblemente como consecuencia de la orden tutelar en valor de \$10.777.139, acrecimiento salarial que la entidad efectuó hasta el mes de julio de 2012, y en adelante disminuyó los salarios básicos en virtud de la sentencia T-536 de 2011.

De lo dicho, se puede colegir que durante el momento en que la actora devengó topes salariales con ocasión a órdenes de tutela superiores a \$10.000.0000, era lógico que la liquidación por concepto de auxilio de cesantías se realizara sobre salarios que fueron declarados nulos, circunstancia por la que resulta acertado el hecho que la pasiva dejara de aplicar a dicha liquidación el estímulo al ahorro que se venía otorgando a la actora derivado de la orden tutelar de su momento, y por consiguiente, que se generara una cesantía negativa, como así lo reflejan los diferentes comprobantes de pago por los tiempos referidos (Fls 104 a 164 y 318 a 369).

Lo anterior implica que *Ecopetrol S.A* en ningún momento, como así lo pretende la parte actora, haya efectuado retenciones ilegales, pues se itera, que la cesantía negativa que se ha venido generando, ha sido con ocasión a la disminución de su salario base.

Puntualiza la Sala que la reducción del salario, si bien fue con ocasión de la sentencia T-536 de 2011, la orden tutelar ha sido respetada por la pasiva, como quiera que por generarse una cesantía negativa, resulta palmario que para ajustar los temas monetarios de la actora por esta figura haya realizado deducciones y diferencias atendiendo el sistema de liquidación tradicional que regula el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, sin que la demandada hubiese tenido que iniciar acciones judiciales que la sentencia T-536 de 2011 dispuso, ya que en nada incide; máxime si se tiene en cuenta, que el sistema de liquidación de cesantías tradicional, únicamente se hace exigible al empleador al momento del finiquito de la relación laboral, aspecto que no ha sucedido dentro del presente asunto, toda vez que la demandante en la actualidad labora para la entidad.



Por la misma razón, no procederá el pago de los intereses a las cesantías ni demás pretensiones elevadas, lo que implica a que la decisión de primer grado sea confirmada en su totalidad.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

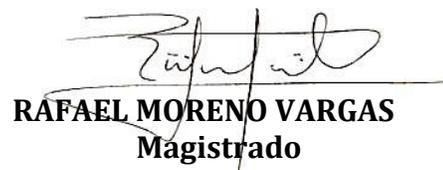
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 20 2018 00195 01
Demandante: SOCIEDAD DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A. y la SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR – FIDUCIAR S.A., COMO INTEGRANTES DEL CONSORCIO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN PAR.
Demandado: DORIS PÉREZ RODRÍGUEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La Sociedad de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A. y la Sociedad Fiduciaria Popular – Fiduciar S.A., como integrantes del Consorcio de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación PAR, presentó demanda ordinaria en contra de Doris Pérez Rodríguez, con la finalidad de que se ordene el pago de \$16.423.105, sumas que deberán cancelarse debidamente indexadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicaron que como demandantes conformaron un consorcio financiero con el objeto de administrar los bienes dejados por la extinta Telecom en Liquidación.

Que en virtud de lo anterior, adujeron que la aquí demandada fue trabajadora de la *Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom*, por lo que en cumplimiento del Decreto 1615 de 2003 y el Decreto 2062 del mismo año, la empresa extinta dio por terminado el contrato de trabajo a partir del 25 de julio de 2003, cancelándole todos



sus salarios, prestaciones sociales tanto legales como extra legales, junto con la indemnización correspondiente, por lo que la empresa quedó a paz y salvo de todo concepto con la señora *Doris Pérez Rodríguez*.

Seguidamente, destacó que la demandada al momento del retiro, instauró acción de tutela en contra de ellas como *Patrimonio Autónomo de Remanentes del Telecom –PAR Telecom*, la cual correspondió por reparto al Juzgado Promiscuo Municipal de Lorica – Córdoba, con la finalidad que fuese incluida en el plan de pensión anticipada que había ofrecido la empresa extinta a los trabajadores que se beneficiaban de los regímenes pensionales de carácter convencional que se encontraban vigentes para esa época, lo que condujo a que el Juez de tutela en calenda del 12 de noviembre de 2009, accediera a lo pretendido por la pasiva y se ordenara al *PAR Telecom* ofrecer el plan de pensión anticipada, decisión que fue confirmada en sede de impugnación por parte del Juzgado Penal del Circuito de Lorica - Córdoba.

Por ello, a la demandada se le reintegró como pre pensionada, y se le pagó la suma de \$16.423.105 por concepto de mesadas pensionales adeudadas, y con posterioridad, la Corte Constitucional en sentencia SU-377 de 2014 decidió revocar en su totalidad la decisión que emitieran los ya citados jueces constitucionales, y otras proferidas por los mismos Despachos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada, quien fue representada por intermedio de curador ad-litem, contestó la demanda con posición de las pretensiones formuladas en su contra, para lo cual aceptó los hechos relacionados con el despido y los fallos de tutela proferidos por los Juzgados Promiscuo Municipal y Penal del Circuito de Lorica - Córdoba respectivamente.

En lo que respecta a la Sentencia SU-377 de 2014 emanada por la Corte Constitucional, resaltó que lo realizado por el extremo demandante fue inapropiado, como quiera que el 1º de diciembre de 2009 la sentencia de tutela quedó en firme y se ordenó su pago, en el año de 2014 se emitió la sentencia de unificación de las tutelas de todos estos casos, y hasta el 1º de junio de 2016 se emitió certificación de la supuesta deuda como si de un título valor se tratara, presentándose esta demanda tan solo hasta el año 2018, situaciones todas por las que se advierte un mal actuar de las demandantes.



Así mismo recalcó que, si bien los fallos de tutela fueron revocados en sede de revisión, esto se dio no porque la demandada no tuviese derecho a lo que se le reconoció en su momento, sino en razón a que no se cumplió el requisito de inmediatez en la acción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 1º de agosto de 2019, condenó a la demandada a pagar a las aquí demandantes como integrantes del *Consortio de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación - PAR Telecom*, la suma de \$16.423.105 debidamente indexada al momento del correspondiente pago.

Para arribar a dicha conclusión, concluyó que a las demandantes les asistía el derecho de pretender los dineros cancelados con ocasión del fallo judicial emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Lorica – Córdoba el 12 de noviembre de 2009, y en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito del mismo municipio en sentencia del 1º de diciembre de 2009, pues al haberse dejado sin valor ni efecto estas decisiones por parte de la Corte Constitucional, estas dejaban de producir efectos jurídicos, de modo que el pago efectuado carecía de causa al haber desaparecido la decisión que le dio origen.

Puntualizó que atendiendo los postulados legales y jurisprudenciales, dentro del presente asunto operó el enriquecimiento sin causa como consecuencia del pago que recibió la demandada en virtud de los fallos de tutela que luego fueron revocados por la Alta Corporación, adicional a que el pago sobrevino de una decisión constitucional que posteriormente fue revocada, y con ello la buena fe debe presumirse de la actora, quien en un acto de cumplimiento de una orden impartida, y sin pasar por alto las consecuencias de desacato que su proceder omisivo le imponían, pagó lo correspondiente al plan de pensión anticipada.

También decidió que no procedió pago de intereses corrientes toda vez que consideró que no existió mala fe por la demandada en los términos del artículo 2318 del Código Civil, disponiéndola indexación de las sumas de dinero como consecuencia de la depreciación de la moneda.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:



Inconforme con la anterior decisión, la parte *demandada* la apeló. Arguyó que la parte demandante confesó en los hechos de la demanda que la demandada hacía parte de la nómina de Telecom en su época, que fue una de las personas afectadas con la liquidación de la empresa, y que tenía derechos al igual que los demás empleados de Telecom inherentes a la liquidación, como lo fue el plan de pensión anticipada, el fuero sindical y el retén social, que eran los más significativos dentro de esas categorías.

Además resaltó, que si bien es cierto que la parte demandante manifiesta que se revocó la sentencia de tutela, también lo es que esa orden tutelar nunca eliminó la causa jurídica por cual ellos habían accedido a su respectivo derecho, por lo que la ley goza de una presunción de certeza que hasta que no sea demandada como son los actos administrativos ante la jurisdicción competente, tendrá que surtir todos sus efectos, lo que conduce a que sea próspera la excepción de enriquecimiento sin justa causa.

Por último, adujo que debe esta Corporación atenerse a lo decidido en la sentencia T-214 de 2018, mediante la cual la Corte Constitucional resolvió un caso de similares condiciones, en la que se dispuso resguardar una sentencia de única instancia proferida por un Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, en la que no se accedió al pago pretendido por el extremo aquí demandante.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si es procedente que la señora Doris Pérez reembolse el valor de \$16.423.105 en virtud de la sentencia SU – 377 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, a través de la cual se revocó las órdenes de tutela donde se dispuso reconocerle a la pasiva el plan de pensión anticipada.

c. Del caso en concreto:



Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que, a la demandada se le reconoció mediante sentencia de tutela que fuera proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Lorica – Córdoba, y en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Lorica Córdoba el 1º de diciembre de 2009, (Fls. 35 a 45 y 46 a 50), el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, igualdad, seguridad social y derechos adquiridos, lo que condujo a que la demandada junto con otros trabajadores del antiguo *Telecom*, el *Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom Par* procediera a incluirlos dentro del plan de pensión anticipada, así como reconocer, liquidar y cancelar dicha pensión de carácter convencional, junto con las mesadas correspondientes desde la fecha real de la desvinculación.

Como consecuencia de lo anterior, obra una certificación por parte del Patrimonio Autónomo de Remanentes que no fue refutada de falsa, que describe que a la demandada se le canceló por concepto de mesadas pensionales pagadas por nómina la suma de \$16.423.105, junto con las diferentes constancias de cancelación de nóminas de los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2010, donde se aprecia los diferentes pagos que se le realizaron a la demandada sobre dicho valor (Fls. 26 a 33).

Así las cosas, la Corte Constitucional en sentencia SU-377 de 2014, analizó de manera profunda las diferentes problemáticas que se presentaban respecto de la extinta empresa *Telecom* en lo que concierne a las temáticas pensionales que sobre ella recaían, y que a través de diversas acciones de tutela se reconocieron derechos de esta índole, siendo uno de ellos el de la aquí demandada.

En virtud de ello, dividió su análisis en tres grupos a saber: 1) el plan de pensión anticipada que *Telecom* ofreció a sus trabajadores, talante que gira en torno al caso que aquí nos ocupa, 2) aquellos trabajadores a los que se les desconoció su situación de sindicalizados, y 3) el retén social.

En lo que respecta al especialísimo caso de la demandada, esto es, el plan de pensión anticipada, la Corte explicó a quiénes se les dirigía este plan pensional, cuáles trabajadores se encontraban cobijados por los regímenes especiales de pensión de *Telecom* y las modalidades pensionales.

Seguidamente, hizo un análisis como fue el caso de la demandada, en el que concluyó que la interposición de la acción de tutela en su momento no contaba con el requisito



de la inmediatez; en cuanto, presentó una petición el 8 de julio de 2013 con la finalidad de que se le incluyera en el plan de pensión anticipada, siendo desvinculada de su cargo el 31 de enero de 2006, de lo que dedujo no encontrar una causal justificable entre para la tardanza de la presentación de la acción constitucional; circunstancia por la cual, la declaró improcedente y por consiguiente, los efectos que produjo la misma desaparecieron como así quedó consignado en el ordinal décimo de la parte resolutive.

De lo anterior, como lo sostuvo el *a-quo*, es evidente que al haber sido revocada la orden tutelar, esta dejaba de producir efectos jurídicos, de ahí, que surja el derecho del extremo accionante para reclamar los dineros pretendidos derivados del plan de pensión anticipada, pues se entiende que el mismo resultó impropio.

Ahora bien, alega la parte demandante que el pago realizado a la demandada por concepto del plan de pensión anticipada general constituye la figura de enriquecimiento sin causa, y a la vez, el apelante indica que la excepción denominada falta de requisitos legales para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin causa debe prosperar.

Para lo respectivo, vale la pena resaltar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No. 54001-3103-006-1999-00280-01 del 19 de diciembre de 2012, determinó las reglas de procedencia del enriquecimiento sin justa causa, para lo cual expuso:

“Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

“1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

“2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

“Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

“Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

“El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de



enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

“3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

“4º Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

“Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

“5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

“El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936, G.J. 1918, p. 474).

La situación sucedida en la Sentencia SU-377 de 2014, en nada influyó en aspecto de carácter pecuniario con ocasión a la invalidez de las sentencias de tutela, por lo que al no quedar zanjado ese aspecto, la especialidad ordinaria puede entrar a dirimir lo de su cargo.

Por ello, la Sala puede concluir que en atención de las reglas jurisprudenciales la figura del enriquecimiento sin causa sucedió respecto de la parte demandada dentro del presente asunto.

Nótese que es evidente que la accionante al haber recibido el valor de \$16.423.105 por concepto del plan de pensión anticipada que fue reconocido a través de sentencia de tutela, la cual fue revocada en sede de revisión por la Corte Constitucional, se constituye el primer requisito, que es el haber obtenido una ventaja patrimonial.

En segundo lugar, existió un empobrecimiento por parte del *Consortio de Remanentes de Telecom y Telesociadas en Liquidación - PAR Telecom*, al haber salido de su peculio un patrimonio que derivó de una acción de tutela, la cual se declaró ineficaz.



En tercer lugar, es evidente que el desequilibrio patrimonial de las partes surgió con ocasión a una tutela que en la actualidad no goza de amparo alguno por haberse declarado improcedente.

La cuarta condición también se configura, como quiera que es precisamente esta demanda la herramienta para hacer ejercer su derecho de *in rem verso*, máxime si la sentencia SU-377 de 2014 fue enfática en determinar que los extremos aquí demandantes debían acceder a los medios judiciales necesarios para perseguir el cobro que se percibió de la sentencia de tutela que se declaró ineficaz.

La quinta causal igualmente es próspera, ya que lo perseguido por la parte demandante es únicamente el pago del valor de \$16.423.105, derivado de mesadas pensionales pagadas por nómina como consecuencia de la orden tutelar que fue nula, y que como se aludió al inicio de estas consideraciones, el valor referido se reflejó de una certificación del PAR y diferentes pagos de nóminas no fueron refutados de falsos, de lo que se puede colegir que el enriquecimiento sin justa causa alegado por los demandantes es avante para condena.

Así las cosas, es por lo que la condena impuesta en primer grado habrá de confirmarse, dejando de presente además que el valor objeto de imputación deberá pagarse de manera indexada atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por último, se acota que la demandada alega que debe aplicarse la sentencia T-214 de 2018, donde la Corte Constitucional resolvió un caso de similares condiciones, decidiendo que no era procedente el pago por este concepto.

Los argumentos por este punto tampoco son prósperos, ya que de una parte, la sentencia alegada si ben versa en un asunto derivado de las providencias emitidas tanto en primera como en segunda instancia por los Juzgados Primero Promiscuo Municipal y Penal del Circuito de Lorica – Córdoba, y que resolvió el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, en la que el Juez ordinario no accedió a las pretensiones del PAR, allí lo que dispuso la Corte Constitucional en términos generales fue que no existió algún vicio de procedibilidad en el trámite y en el análisis probatorio, sin que en ningún momento haya precisado que el PAR no pudiese pretender a través de la vía ordinaria el pago objeto de reproche.



Adicionalmente, al tratarse de decisión inter partes, no es influyente de la decisión que aquí se adopte, así se decidirá.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de agosto de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

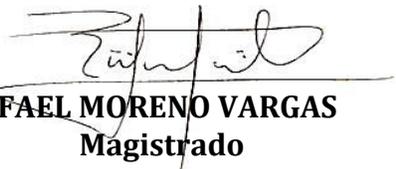
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

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

Ordinario Laboral 1100131050 02 2018 00210 01
Demandante: LEDYS JUDITH GARCÉS RAMOS
Demandado: COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Atendiendo a que se allegaron poderes por parte de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la profesional del derecho *Shasha Renata Saleh Mora* identificada con C.C No 53.106.477 y T.P No 192.270 en calidad de apoderada de *Colpensiones*.

Así mismo se reconoce personería adjetiva para actuar a la profesional del derecho *Magnolia del Pilar Saavedra Segura* identificada con C.C No 52.873.865 y T.P No 339.925 del C.S.J como apoderado de *Colfondos S.A.*

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, así como la consulta en favor de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 25 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Ledys Judith Garcés Ramos*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colfondos S.A. y Colpensiones*, para que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 23 de diciembre de 1998, al no suministrar una información oportuna y completa; en consecuencia, se le ordene trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, junto con cualquier diferencia que surja para asegurar la financiación de su pensión de vejez.

Así mismo, se le condene a *Colpensiones* al pago de su pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la misma normativa.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Expuso que nació el 23 de mayo de 1959, por lo que cumplió con 57 años el mismo día y mes de 2016; que se afilió al antiguo ISS a partir del 4 de diciembre de 1979 hasta el mes de septiembre de 1994, y a *Colfondos S.A.* en el mes de diciembre de 1998.

Dicha afiliación se produjo en razón a que *Colfondos S.A.* la persuadió para que se vinculara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, principalmente aduciendo que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, por lo que no accedería a la pensión, y en el fondo privado podía obtener su prestación de forma anticipada.

Que la AFP no le informó que al trasladarse perdería los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que su pensión se iba a financiar con el capital ahorrado de su cuenta individual, sin que se le indicara las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el formulario de afiliación, y situaciones tales como que el monto de la pensión depende de los rendimientos financieros y las características del mercado bursátil, ni escenarios comparativos entre uno y otro régimen.



En lo que respecta a la solicitud de derechos pensionales, adujo que acredita más de 1800 semanas válidamente cotizadas y sigue continúa cotizando al sistema.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, en el entendido que el traslado de la demandante se realizó con su plena voluntad, suscribiendo los respectivos formularios, sin que se advierta una falta de deber por parte de la AFP privada.

Precisó igualmente que a la demandante no le es factible trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, consagra la posibilidad de trasladarse cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, limitándose este derecho al faltarle diez (10) años o menos para alcanzar la edad de pensión al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

Por su parte *Colfondos S.A.* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, puntualizando que sus asesores comerciales a lo largo del tiempo y conforme a la regulación y legislación vigente para cada época, han contado con preparación e idoneidad para brindar la asesoría suficiente, clara, veraz y completa a las personas interesadas en vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sumado a que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, ya que no cumple con lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia SU-130 de 2013.



Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generan nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de junio de 2019 declaró la nulidad de la afiliación realizada a *Colfondos S.A.* el día 23 de diciembre 1998, por lo que ordenó trasladar los valores que reposen en la cuenta de la actora a *Colpensiones*, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses. A su vez dispuso que *Colpensiones* a recibir los aportes de la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, señaló que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, a la AFP le correspondía la carga probatoria de demostrar la debida información de la actora al momento de la afiliación, situación que no se suplió en tanto no se le indicó cómo se pensionaría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida realizando los respectivos cálculos, y debía probar que había asesorado lo respectivo al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos, y cuál sería el monto de su pensión.

Seguidamente, concluyó que no era de asidero el argumento de las demandadas en el entendido que a la fecha de la afiliación no existía la obligación de dejar soporte de la asesoría brindada a los afiliados, toda vez que conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, *Colfondos S.A.* debía suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realiza, de suerte que les permita a través de elementos de juicio escoger las mejores opciones del mercado, obligación que se mantuvo con la modificación introducida en el artículo 23 de la Ley 795 de 2003.



Frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la negó bajo el entendido que tal reconocimiento se encontraba supeditado al traslado de los dineros frutos e intereses, y demás rubros que se encuentran en la cuenta de la señora *Ledys Judith*, información real y estado de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones y que se hace necesaria para el estudio de la pensión deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que no se presentó vicio del consentimiento alguno, como quiera que la demandante tal y como lo indicó en el interrogatorio de parte, efectuó el traslado a *Colfondos S.A.* de manera libre y voluntaria ya que no hubo presión, además que los comparativos que dijo la Juez de instancia que no se llevaron a cabo para con la demandante, se encuentran inmersos en la Ley 100 de 1993, la cual es de público conocimiento, lo que conduce a que la actora pudiese acceder a la información de manera libre, además que podía acercarse a los distintos canales de información de las demandadas, máxime si ha guardado silencio durante más de 19 años.

Colfondos S.A. resaltó que si bien existía el deber de información a tenor de lo preceptuado en el Estatuto Orgánico Financiero, en ningún apartado se obligaba a que la información se tuviera que documentar o soportar por escrito, aunado a que la asesoría sí la recibió en su momento la demandante como así lo sostuvo en su interrogatorio de parte, por lo que el hecho que no haya prestado una debida atención, dicha responsabilidad no se le puede endilgar como AFP, más aún, si al suscribir el formulario de afiliación conocía del objeto del formulario, el cual no era obtener una pensión de forma inmediata sino cambiarse de un régimen pensional a otro.

Arguyó que para la época de vinculación de la demandante no tenía que efectuar proyecciones financieras, toda vez que esta obligación surgió con la Ley 1748 de 2014



y el Decreto 2071 de 2015, de lo que resulta ilógico que la *a-quo* hubiese impuesto cargas retroactivas cuando las mismas no existen. Por último, enfatizó que se debe analizar el tema de la prescripción, pues considera que la misma operó toda vez que la actora no pretende adquirir el derecho pensional, sino la nulidad del acto jurídico.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como



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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 23 de diciembre de 1998 (Fl. 182), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la*



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

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por la representante legal de la *AFP Colfondos S.A.*, ya que esta última precisó que no tuvo conocimiento de cómo fue el asesoramiento que en su momento se le realizó a la demandante, máxime si se tiene en cuenta que solo reposa el formulario de afiliación.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

Por último, deja claro la Sala que, si bien la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como el pago de intereses moratorios, estas pretensiones no serán objeto de estudio por cuanto no fueron reprochadas por la parte demandante.

Así mismo, la sentencia de primer grado habrá de modificarse parcialmente en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al haberse determinado que el actor puede trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la encartada *Colpensiones*, lo procedente es la *ineficacia* del traslado. Así se decidirá.



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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente la sentencia proferida el 25 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido que declarar ineficaz la afiliación del actor en Régimen de Ahorro Individual con Solidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

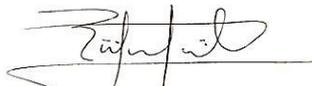
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

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

Ordinario Laboral 110013105026201800309 01
Demandante: CLARA INES BALANGUERA LIZCANO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Conforme al poder allegado por *Colpensiones* se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de dicha entidad a la señora *María Elena Fierro García*, identificada con C.C No 1.024.463.217 y T.P No 291.785 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colfondos S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 16 de mayo del 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Clara Inés Balaguera Lizcano*, interpuso demanda ordinaria laboral a fin que se declare que la *AFP Colfondos S.A* omitió proporcionar información cierta, real, suficiente, determinante y oportuna a la demandante, al momento de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y como consecuencia se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida realizado el 1º de noviembre de 1995 y en consecuencia de disponga el regreso automático de la demandante, se condene a la *AFP Colfondos S.A* a trasladar los dineros y rendimientos causados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin descontar los dineros



por gastos de administración; se aplique el precedente jurisprudencial; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 16 de abril de 1960; estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 12 de mayo de 1984 hasta el 31 de octubre de 1995; que debido a lo indicado por los promotores de la *AFP Colfondos S.A* se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pese a que no se le brindó la información suficiente, no se le precisaron las desventajas del traslado, ni se estableció asesoría frente al monto de su pensión; que el 8 de julio del 2004 radicó un derecho de petición ante la AFP solicitando el traslado de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y debido a que no obtuvo respuesta, radicó nueva petición el 14 de julio del 2005; que el 3 de agosto de 2005 la AFP le manifiesta que su caso está en conocimiento del comité de multifiliación; que el 13 de septiembre del 2005 peticiona se le indique lo definido por el Comité, frente a lo cual el 19 de marzo del 2009 se le manifestó que se encontraba válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que radicó varias solicitudes con posterioridad sin que se hayan resuelto de forma favorable; finalmente, el 15 de febrero del 2018 radicó petición ante *Colpensiones* solicitando el traslado de régimen, negando su requerimiento con oficio del 16 de febrero del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones, que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la demandante efectuó el traslado de régimen.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la genérica.

Por su parte, *Colfondos S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que el traslado de la demandante se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos.



Propone como medios exceptivos lo que denomina falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 16 de mayo del 2019 declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del 31 de octubre de 1995; condenó a *Colfondos S.A* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes realizados por la afiliada, más los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar cuotas de administración; y condenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de régimen del accionante.

Lo anterior por cuanto consideró que a la demandante no se le suministró la debida información en tanto no se le informaron las características del régimen ni las implicaciones del traslado, luego no se le dio una información oportuna y veras; agrega que en las peticiones elevadas por la demandada en 2007 y 2009 la AFP omitió informarle a la demandante que podría trasladarse de régimen.

Recuerda la jurisprudencia emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que es obligación de las AFP brindar información a los afiliados durante todas las etapas del proceso, situación que reitera no acreditó la pasiva, por lo que estima conveniente declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colfondos S.A interpone recurso de apelación en el que en suma indica el deber de información no implica que este debe estar documentado y con la suscripción del formulario de afiliación se acredita que la demandante aceptó las condiciones; adicionalmente el Código Civil establece los casos en que expresamente procede la declaratoria de una nulidad y ninguna de estas se presenta en el *sub-examine*, teniendo en cuenta que el traslado de régimen es legal acorde lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y se celebró con una persona absolutamente capaz. De igual manera que el artículo 1508 del C.C., establece el error de hecho, precisando que este no se presenta, porque la demandante tomo de manera libre y consciente la decisión de afiliarse.



Además, la demandante tuvo la oportunidad de hacer uso de los diferentes canales de información, pero la solicitud jamás fue presentada a las administradoras como se debió hacer. Finalmente, aduce que la jurisprudencia citada atañe a casos de afiliados que eran beneficiarios del régimen de transición, y por tanto no existe un precedente judicial, pues la situación fáctica de la demandante, frente a las sentencias citadas por la falladora de primera instancia y por la parte actora, defieren sustancialmente.

Frente al traslado de los rendimientos con los gastos de administración, refiere que estos últimos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993 y es la Superintendencia Financiera quien determina la comisión por administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico

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

c. Del caso en concreto

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



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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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



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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo



de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado de la demandante a la AFP *Colfondos S.A.* del 31 de octubre de 1995 (Fl 196), que si bien refiere la encartada que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por el contrario, indicó que el asesor lo único que le dijo fue que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad los aportes hacen parte de la masa sucesoral y que *Colpensiones* sería liquidado.

En ese orden de ideas, le asistió razón al a-quo al declarar la ineficacia del traslado; lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que haya percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia



de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

Finalmente, en grado jurisdiccional de consulta, respecto de la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo*



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declararla no probada.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

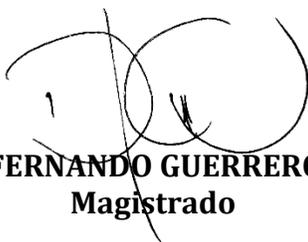
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo del 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

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

Ordinario Laboral 1100131050 07 201800315 01
Demandante: MARIA DEL ROSARIO OSORIO ROJAS
Demandado: COLPENSIONES y OTRAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Seria del caso pronunciarse frente a la sustitución de poder allegada por *Colpensiones*, de no ser porque mediante auto del 13 de febrero del 2020 ya se le había reconocido personería adjetiva para actuar a la Dra. *Diana María Vargas Jerez* identificada con C.C No 1.090.449.043 de Cúcuta y T.P No 123.148 del C.S.J; por tanto, el Despacho se está a lo resuelto en el auto en comentario.

Así mismo, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de *Protección S.A* a la profesional del Derecho *Olga Viviana Hernández Téllez* identificada con C.C No 52.532.969 y T.P No 228.020 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, así como la consulta en favor de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 22 de mayo de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *María del Rosario Osorio Rojas*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A. y Colpensiones*, para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, se declare que *Porvenir S.A* incurrió en omisión en el deber de información y que la demandante debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, se condene a *Porvenir S.A* a trasladar los aportes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a *Colpensiones*, se ordene a esta última a aceptar los aportes sin solución de continuidad desde el 28 de diciembre de 1982 y se condene en costas a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Expuso que se afilió a *Colpensiones* el 28 de diciembre de 1982; aportó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad un total de 473,14 semanas; se afilió a *Porvenir S.A* el 27 de septiembre de 1995; que la AFP no le informó el valor de su mesada pensional, ni le realizó una proyección pensional y le indicó que no podría pensionarse en el *Instituto de Seguros Sociales*; que el 12 de mayo de 2017 solicitó a *Porvenir S.A* la invalidación de la afiliación y radicó formulario de afiliación a *Colpensiones*; sin embargo las mentadas solicitudes fueron despachadas de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la afiliación no se hizo en contra de una prohibición legal, por el contrario, el acto de vinculación fue libre y voluntario.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Por su parte *Colpensiones* se opuso a las pretensiones indicando que la sentencia SU-062 de 2010, mediante la cual se ratificó la sentencia C-789 del 2002 que declaró la exequibilidad del artículo 2° de la ley 797 del 2003 que modificó el literal e) del artículo 13



de la ley 100 de 1993, fue clara al precisar que no es viable el traslado de régimen cuando falten 10 años o menos para pensionarse, a menos que el solicitante haya cotizado 15 años de servicios o su equivalente en semanas, lo cual no acontece en el plenario.

Formuló las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y la genérica.

Con auto del 23 de julio del 2018, se dispuso la vinculación de *Protección S.A y Old Mutual S.A.*

Protección S.A en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, manifestando que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y con plena fuerza para realizarlo.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la genérica.

A su turno *Old Mutual S.A* no se opuso a los pedimentos del libelo genitor aduciendo que estos no se dirigían en su contra. Sin que se evidencia que haya presentado medios exceptivos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de mayo de 2019 declaró la ineficacia de la afiliación y ordenó el traslado de la demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 27 de septiembre de 1995 en la AFP *Colpatria* y consecuentemente las afiliaciones de la demandante contenidas en los formularios Nos. 1010429672 del 13 de enero de 1999 a *Colmena AIG*; No 286925 del 29 de julio del 2004 en *Skandia*; No 728243 de fecha 27 de marzo del 2008 a la AFP *Porvenir S.A.*; No. 488328 de fecha 29 de octubre del 2008 en *Skandia* y en Formulario No 16226955 del 26 de marzo del 2014 en *Porvenir S.A.*; ordenó a la AFP *Porvenir S.A* trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los



rendimientos que se hubieran generado hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a *Colpensiones* a recibir sin solución de continuidad a la demandante y declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Para tal efecto estimó que la demandante no alegó la calidad de beneficiaria del régimen de transición, pues su reclamo se fundamentó en la falta de información.

Sobre la obligación de brindar información recuerda que la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la información debe ser con la prudencia del buen consejo en todas las etapas del traslado, y de ser el caso, desanimar a la persona a quien no le resulte beneficioso el traslado, obligación que siempre ha existido en la Ley 100 de 1993, por lo que el incumplimiento del referido deber, acorde con lo dispuesto en el artículo 1604 del C.C., trae aparejada la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Que en el presente evento únicamente se allegaron los formularios de afiliación de la demandante en las AFP, pero no se arribó prueba alguna del cumplimiento del deber de información que debían cumplir las Administradoras.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión presentó recurso de apelación en el que indicó que el vicio alegado por la demandante no fue probado, máxime que no resulta viable a los Fondos de Pensiones cumplir la carga probatoria exigida, más aun cuando dicha obligación surgió con la Ley 1748 del 2014, teniendo en cuenta además que la ignorancia de la ley no es excusa, por lo cual la demandante actuó de forma negligente, sin perder de vista que la decisión no se basó en el incumplimiento del deber de información, sino en el monto de la mesada pensional. Agrega que la decisión puede generar una afectación al Sistema Financiero, en tanto el término para efectuar un traslado se estableció con efectos de evitar la descapitalización de los Fondos Pensionales. Igualmente, frente a las costas solicita su absolución, pues los dineros de la seguridad social no deben ser utilizados para dichos efectos.



Porvenir S.A., a su turno presenta recurso de apelación aduciendo que para que un acto sea nulo debe contravenir una prohibición legal, lo que no sucede en autos, pues el traslado existe una causa lícita en tanto la ley los facultó para la administración de dichos recursos y la accionante no se trata de una persona incapaz, además la demandada cumplió con las obligaciones legales establecidas para la fecha del traslado en 1992 y la demandante escogió pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Por lo anterior, como la demandante conocía de las voluntarias que le permitía ampliar su derecho pensional y no tenían como fin eximirse de cargas tributarias, solicita se revoque el fallo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e



igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante del 27 de septiembre de 1995 a *Colpatria* (Fl. 95), del 22 de abril de 1998 a *Colpatria*, de aportes voluntarios (Fl 97), del 13 de enero de 1999 a *Colmena* (Fl 166); del 29 de julio de 2004 a *Skandia* (Fl 185), del 22 de abril de 2006 a *Horizonte* (Fl 96), del 27 de marzo del 2008 a *Porvenir S.A* (Fl 99), del 29 de octubre del 2008 a *Skandia* (Fl 184) y del 26 de marzo del 2014 a *Porvenir S.A* (fl 98), en los que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del*



formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni da cuenta de la información que le fue suministrada a la fecha del traslado, pues refiere que le dijeron que el entonces *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar y no iba a percibir una pensión.

En ese orden de ideas, le asiste razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado. Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente la excepción de prescripción estudiada en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.

Finalmente, en lo que atañe a la imposición de costas en contra de *Colpensiones* basta indicar que acorde lo reglado en el artículo 365 del C.G.P estas operan de forma objetiva y corren a cargo de la parte vencida en el proceso, así pues, dadas las resultas del fallo de primera instancia dimana lógico que se confirme la condena impuesta en su contra respecto de las costas, máxime que se opuso a las pretensiones de la demanda.

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

V. DECISIÓN:

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de mayo de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 07 2018 00570 01
Demandante: EDILMA SOTOMAYOR GONZÁLEZ
Demandado: PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *Diana María Vargas Jerez* identificada con C.C No 1.090.449.043 y T.P 289.559 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, así como la consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Edilma Sotomayor González*, formuló demanda en contra de *Porvenir S.A.* y *Colpensiones*, para que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 20 de abril de 1999, al no suministrar una información oportuna y completa; en consecuencia, se le ordene trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se



encuentran en su cuenta de ahorro individual, junto con cualquier diferencia que surja para asegurar la financiación de su pensión de vejez.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 57 años de edad, iniciado sus cotizaciones al antiguo *ISS*, donde registró un total de 455 semanas; que el 1º de mayo de 1999 se trasladó a *Porvenir S.A.*, con ocasión a la información que le suministró en ese momento la administradora pensional, tendiente a ofrecerle una mesada más alta al momento de llegar a su prestación por vejez sin un estudio previo, así como que el antiguo *ISS* se iba a extinguir.

Que *Porvenir S.A.* no la asesoró respecto de la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media según la expedición de la Ley 797 de 2003, esto es, trasladarse de regímenes pensionales sin que les faltare menos de 10 años para llegar a la edad de su pensión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, en el entendido que el traslado de la demandante se realizó con plena voluntad, suscribiendo los respectivos formularios, sin que se advierta una falta de deber por parte de *Porvenir S.A.*

Precisó igualmente que la demandante tampoco es merecedora de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la posibilidad de trasladarse opera cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, limitándose este derecho al faltarle diez (10) años o menos para alcanzar la edad de pensión al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada,



no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones puntualizando que el traslado de la demandante fue válido al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que previamente se le asesoró de manera amplia sobre las características de los regímenes según las leyes vigentes, por lo que de manera libre, espontánea y voluntaria decidió trasladarse.

Puso de presente que, al no ser beneficiaria del régimen de transición, no es posible su regreso inmediato a *Colpensiones*, tal como se exige en las sentencias C-789 de 2002, SU-130 de 2013, SU-062 de 2010 y C-1024 de 2004.

Formuló las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, validez del traslado al RAIS efectuado por el demandante, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, ordenó a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los valores de la cuenta individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a *Colpensiones* a recibirla sin solución de continuidad.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, aspecto que no se probó dentro del plenario, pues *Porvenir* careció de prueba para lo de su cargo en los términos del artículo 167 del C.G.P.



Que no se puede considerar como admisible el hecho de que con la suscripción del formulario se pueda entender la voluntad de la actora como libre y consiente, ya que se logró demostrar las consecuencias que padecía la actora frente a su derecho prestacional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que a la demandante se le efectuó una información ajustada a derecho, por lo que atendiendo los postulados de la carga de la prueba regulada en el artículo 167 del C.G.P, la señora *Edilma Sotomayor* era quien debería demostrar la falta de información que alega.

Seguidamente resaltó que, no se presentaron vicios del consentimiento como lo pretende la demandante, toda vez que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, adicional a que la actora no pudo retornar al antiguo ISS en atención de las disposiciones vigentes.

Porvenir S.A. por su parte, argumentó en la alzada que no puede endilgarse una indebida información, como quiera que para el momento del traslado de la demandante no se podía inferir haya perdido derechos pensionales o el régimen de transición, del cual no es beneficiaria. Que la información se le suministró de manera oportuna, brindándose una asesoría verbal, se le remitieron los respectivos extractos en los que podía verificar el estado de la cuenta de ahorro, además de los canales de información con los que la actora cumplió.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del*



deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta



entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 20 de abril de 1999, que tuvo fecha de efectividad a partir del 1º de junio de 1999, según se desprende de la certificación del sistema *SIAFP* de *Asofondos* (Fls. 107 y 109), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por la representante legal de la *AFP Porvenir S.A.*, ya que esta última precisó que no tenía conocimiento de quién era el funcionario que le había suministrado el asesoramiento en su momento a la demandante, máxime si se tiene en cuenta que solo reposa el formulario de afiliación.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte



Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad*



de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”,
motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

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

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2013 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

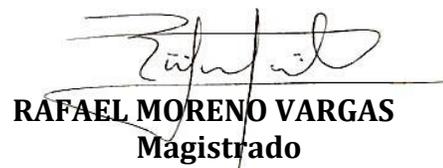
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 07 2018 00576 01
Demandante: MARTHA JANETH GÓMEZ GÓMEZ
Demandado: COLPENSIONES y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Teniendo en cuenta el poder de sustitución allegado por *Colpensiones*, el Despacho se está a lo resuelto en auto del 13 de febrero del 2020, mediante el cual se le había reconocido personería adjetiva para actuar como apoderada de dicha entidad a la Doctora *Diana María Vargas Jerez*.

En lo que respecta al poder allegado por *Protección S.A* se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de dicha entidad al Doctor *Carlos Andrés Jiménez Labrador*, identificado con C.C No 1.016.053.372 y T.P No 317.228.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 18 de julio del 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Martha Janeth Gómez Gómez*, formuló demanda ordinaria laboral contra *Colpensiones y Protección S.A*, para que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 28 de febrero del 2001; que no ha existido solución de continuidad en su afiliación a Régimen de Prima Media con Prestación de Definida y se declare que con el traslado ha sufrido perjuicios materiales y tiene derecho al reconocimiento y pago del lucro cesante.

Consecuencialmente se condene a *Protección S.A* a trasladar los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los dineros por concepto de rendimientos financieros e intereses, gastos de administración, seguro previsional y comisiones; se condene a *Protección S.A* a pagarle los daños representados en perjuicios materiales; se ordene a *Colpensiones* a tenerla como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 24 de febrero de 1962; trabajó para la *Universidad Autónoma de Colombia*, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 29 de abril de 1982; que en las instalaciones de la Universidad se presentaron asesores de la AFP *Santander*, quienes no dieron información real sobre el Instituto de Seguros Sociales, además de ello, le indicaron que en el fondo privado podría pensionarse en cualquier tiempo y con base en la incertidumbre creada por el asesor suscribió el formulario de traslado el 28 de febrero del 2001; que al momento de realizar la asesoría no se le entregó o realizó ninguna proyección, ni las características del régimen y que *Protección S.A* es actualmente responsable de los negocios de *Santander*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, expresando que dentro del expediente no existe prueba que acredite que en efecto se le hizo incurrir en error por el incumplimiento en el deber de información de parte de la AFP.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Por su parte *Protección S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones refiriendo que el traslado se constituye en un acto válido, existente y libre de vicios del consentimiento, así como de cualquier fuerza para realizarlo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisitos procesales y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, ordenó trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los valores de la cuenta individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a *Colpensiones* a recibirla sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que se encuentra acreditado el cumplimiento de la reclamación administrativa; recordó que el artículo 13 de la Ley



100 de 1993, para la época del traslado, establecía que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, y una vez efectuada la selección inicial sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años contados a partir de la selección inicial, de la forma en que señala el Gobierno Nacional, disposición que fuera modificada por la Ley 797 del 2003. Recordó la obligación que recae sobre las AFP de cumplir con el deber de información, bajo los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, bajo los radicados 31989 y 31313, reiteradas en las sentencias SL-4964 del 14 de noviembre del 2018 y SL 4989, en la cuales se ha mantenido la posición y se ha explicado que la información debe comprender todas las etapas del proceso.

En lo que atañe a la carga de la prueba el artículo 167 del C.G.P estipula que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, no obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá de oficio o a petición de parte distribuir la carga de decretar pruebas durante su práctica en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

Que no existe prueba de que al momento de vincular a la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le hubiere suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, respecto de las consecuencias que traía su futuro pensional, situación que constituye una flagrante omisión del deber de información en los términos legal y jurisprudencialmente relacionados, además de las pruebas que se practicaron, se acepta que no hubo constancia alguna de información sobre la formación, la capacitación que sirvieron los asesores de la AFP *Santander*, ni los conocimientos que en temas de seguridad social en pensiones.



Luego no se acreditó dentro del trámite procesal que se haya suministrado la información veraz, oportuna y comprensible, máxime que solo se aportaron formularios con datos básicos de la demandante, pero en ninguna forma se evidencia que el tipo de información suministrada por el Fondo haya sido lo suficientemente certero, dejando claro los verdaderos beneficios y consecuencia que conllevaba para la demandante.

En lo que tiene que ver con los perjuicios materiales que reclama la actora como consecuencia del traslado de régimen pensional, que los mismos no fueron demostrados, y si bien se allega un cálculo efectuado por un perito, dicha documental no señala los dineros o valores económicos que dejó de percibir la demandante como consecuencia de haberse trasladado de régimen pensional.

En lo atinente a la excepción de prescripción presentada por los fondos demandados con la contestación de la demanda, estimó que la Seguridad Social es un derecho de carácter irrenunciable, regido por los principios de eficiencia, solidaridad y progresividad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que los regímenes pensionales existentes son excluyentes entre sí, y conforme con la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003, los afiliados pueden escoger el régimen que deseen y así lo hizo la demandante, por tanto, dicha obligación nació a la vida jurídica y tiene plena validez, además no se probó en el proceso ningún vicio del consentimiento.

Que conforme lo indicado en el interrogatorio de parte, su decisión obedeció a que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, situación que no contraría la realidad pues en efecto dicha entidad fue suprimida.



Asimismo, si bien la obligación de los fondos de pensiones de informar a su cargo siempre ha existido, no así la obligación de fundamentar la información suministrada. Por lo cual, esta no tiene un carácter retroactivo de la ley, luego se les estaría imponiendo una carga imposible de cumplir, por lo cual la buena fe se debe presumir de ambos contratantes y no solo de la afiliada.

Peticiona que se tenga en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-086 del 2002, así como la sostenibilidad del sistema pensional; por otra parte, que de confirmarse la decisión se realice un cálculo de la pensión, pues los dineros trasladados por las AFP no son suficientes para cubrir las mesadas pensionales de la demandante, poniendo en riesgo el derecho pensional de los demás afiliados.

Frente a las costas del proceso solicita ser absuelta en tanto los dineros de la entidad no pueden ser utilizados para un fin distinto a la seguridad social en pensiones.

A su turno *Protección S.A* interpone recurso de apelación en el que en suma indica que aunque los fondos privados deben aportar las pruebas, le corresponde a la demandante allegar documentales en aras de controvertirlas; además la demandante tenía la obligación contractual de acercarse al fondo privado para averiguar por su derecho pensional, gestión que admite en el interrogatorio de parte jamás fue realizada; que obró de mala fe en tanto no presentó ninguna inconformidad ante la encartada. Adicionalmente, actualmente se encuentra pensionada por garantía de pensión mínima y actualmente la recibe. Además, es por mandato legal que cambió el monto requerido para acceder a la pensión de vejez, por tanto, la pasiva no pudo incurrir en el incumplimiento del deber de información conforme a las reglas de la época de afiliación.

A su turno el apoderado de la demandante interpone recurso de apelación respecto del lucro cesante y el daño emergente, en tanto se aportó el correspondiente dictamen que da cuenta de los perjuicios irrogados por la diferencia existente entre la mesada



pensional concedida por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la que tendría derecho de estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Nulidad o ineficacia del traslado de régimen:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como



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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Ahora bien, una vez determinado lo anterior, se debe señalar que en el presente evento se presentan como particulares que (i) el actor se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 29 de abril de 1982, según la historia laboral aportada el plenario (Fls. 50-57); (ii) no obstante, mediante formulario de afiliación del 28 de febrero del 2001 se afilió a *Santander*, hoy *Protección S.A*; (iii) Que para la fecha del traslado contaba con una densidad de 980, 43 semanas cotizadas a



Colpensiones (Fls. 50-51); (iv) mediante oficio del 2 de mayo del 2018 la AFP se le hace al demandante una proyección pensional comparativa entre los regímenes, precisándole que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida tendría derecho a una pensión en cuantía de \$2.185.770 y que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado el monto de sus aportes tan solo tendría derecho a la garantía de pensión mínima (Fl. 173-178); (v) en el interrogatorio de parte rendido en el curso de este proceso la actora admite que luego de ser presentada la demanda y a sabiendas de las diferencias pensionales existentes en cada régimen, continúa el trámite para obtener la garantía de pensión mínima, la cual admite le fue reconocida a partir del 31 de mayo del 2019.

En ese orden de ideas, se evidencia que en principio la parte demandada, en quien recae la carga probatoria, no acreditó haber cumplido el deber de información frente al impacto pensional del traslado de régimen a la fecha del traslado, en los términos señalando en los diversos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, la Sala debe analizar dentro de las particularidades del presente evento, la pérdida de la calidad de afiliado frente al reconocimiento pensional.

Condición de afiliado y pensionado:

Inicialmente debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al*



trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).

Ahora bien, la accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por la accionada, dejó de ostentar la calidad de afiliada, para consolidarse en su favor la condición de *pensionada* por vejez en los términos y modalidades seleccionadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se debe señalar que las calidades de *afiliado* y *pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado “*no haya adquirido la calidad de pensionado*”, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

En ese orden de ideas, estima la Sala en este evento que el hecho de haber solicitado y aceptado la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad teniendo pleno conocimiento de las diferencias existentes frene al derecho pensión en cada régimen, hizo perder la calidad de afiliada, aunado a ello dicho reconocimiento data del mes de mayo del 2019, disfrutando de la pensión anticipada que le fuera otorgada durante más de un (1) año a la fecha, tiempo durante el cual se benefició de la prestación económica, por lo que no se puede estimar que su derecho pensional se haya restringido o conculcado.



Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de personas que habían adquirido el derecho pensional, contienen supuestos fácticos diferentes del presente evento. En efecto, la SL CSJ en sentencia con Radicación No. 31314, del 9 de septiembre de dos 2008, trató el caso de un pensionado quien se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando había cumplido 62 años de edad, y se encontraba por ende, en la prohibición legal de trasladarse, situación fáctica disímil del presente evento, en el cual, el accionante verificó el traslado cuando le faltaban más de 10 de años para la edad mínima aún en el régimen de transición, aunado a ello que tenía a su alcance regresar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al tener más de 15 años para el 1º de abril de 1994, según el criterio de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia C-789 de 2002, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, concluyéndose que *“la línea jurisprudencial sentada por la Corte establece que los afiliados con quince (15) años o más de servicios o 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994 (fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993) pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición”*.

Presupuestos de facto que difieren del caso que hoy nos convoca en tanto la demandante se trasladó de régimen a la edad de 39 años (Fls 43 y 66).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia Radicación No. 31989, del 9 de septiembre de 2008, también se analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, señalando que *“es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, **de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media**, su obligación era*



la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención”, supuesto fáctico que también es disímil del presente evento, pues se reitera, el accionante no había consolidado su derecho a la pensión de vejez en el régimen de transición, al faltar 12 años de edad, para la fecha del traslado en 1998.

En ese orden de ideas, estima la Sala que, en el presente evento la acción no está encaminada por un afiliado, sino por quien ya alcanzó el derecho pensional según confiesa la demandante en su interrogatorio de parte, verificándose el traslado cuando le faltaban más de 10 años para la edad mínima, por lo cual no existía una prohibición legal como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión por *Protección S.A.*, se tiene que adquirió el estatus de pensionada e incluso se ha beneficiado de la pensión anticipada durante un (1) año.

Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda.

Finalmente, en lo tocante a la solicitud de perjuicios anhelados por la demandante, basta indicar que para la Sala dicho pedimento no se encuentra llamado a prosperar, en la medida en que la demandante aceptó el reconocimiento y pago del derecho pensional, luego mal puede reclamar el reconocimiento de perjuicios, cuando una vez presentada esta demanda y conociendo las diferencias existentes entre las mesadas pensionales a las que tendría derecho en cada Régimen, de forma voluntaria decide acceder a la garantía de pensión mínima que le ofreció la AFP.

Siendo ello así, se declararán probadas la excepción de inexistencia de la obligación y causa para pedir, relevándose el estudio de los demás medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio.



SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de julio de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 08 201800584 01
Demandante: JOSE MANUEL CALVO HERNANDEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONAL
DE LA GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

En atención al poder allegado por la accionada, se reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor *Pablo Enrique Murcia Barón*, identificado con C.C 11.385.581 de Fusagasugá y T.P No. 233.751 del C.S.J, en calidad de apoderado de la *Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca*.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

El señor *José Manuel Calvo Hernández* promovió demanda ordinaria laboral en contra de la *Unidad Administrativa Especial de Pensiones de la Gobernación de Cundinamarca* a efectos que se reliquide su pensión de jubilación a partir del 1º de junio de 1984, teniendo en cuenta todos los factores salariales tales como: asignación básica, sobresueldos, prima anual, prima de vacaciones y prima de navidad, comprendidos entre el 1º de junio de 1983 y el 31 de mayo de 1984, conforme lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 6ª de 1945, a indexar las sumas adeudadas, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que solicitó a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca el reconocimiento de su pensión de jubilación; la cual le fue



concedida mediante la Resolución No. 2323 del 8 de agosto de 1984, bajo los parámetros de la ley 6ª de 1945 a partir del 1 de junio de 1984 en cuantía inicial de \$22.701; que solicitó la reliquidación de la pensión el 10 de agosto de 2018, sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna sobre el particular.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La Unidad Especial de Pensiones de Cundinamarca, en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, limitándose a indicar que al demandante no le asiste el derecho invocado.

Propuso como medios exceptivos los que denominó excepción de actuar en cumplimiento de un deber legal, omisión de la carga de la prueba, excepción de inexistencia de nuevos factores que permitan la reliquidación de la pensión, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 19 de noviembre del 2019, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá decidió absolver a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión indica el *a-quo* que se encuentra plenamente acreditada la calidad de trabajador oficial del demandante, asimismo quedó acreditado que al actor le fue reconocida una pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la ley 6ª de 1945.

Siendo ello así, procedió a verificar la falladora los requisitos pensionales establecidos en la Ley 6ª de 1945, precisando que acorde a la misma las mentadas pensiones serán liquidadas con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, lo que en suma implica que la encartada aplicó de forma correcta la norma llamada a regir el presente caso.

Ahora, frente a los factores salariales resulta pertinente indicar que conforme el artículo 2º de la ley 5ª de 1969, el concepto que se entiende por asignación es el promedio de todo lo devengado a título de salario o retribución del servicio, como horas extras y dominicales; de igual manera recordó lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, respecto del concepto "*devengó*", precisando que ello corresponde a la data en que se causó el derecho y no las que se cancelaran en el último año de labores.



Así, al estudiar los salarios realmente devengados en el último año de servicios se corrobora que la encartada liquidó de forma acertada la pensión, conforme la certificación de folios 22 a 23 y la de folios 24 a 26 en concordancia con lo indicado en la Resolución No. 2323 de 1984, precisando que el único monto que no fue tenido en cuenta fue la prima de vacaciones, pero esta no hace parte de los factores a tener en cuenta.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que no se interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del accionante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, reunidos los presupuestos procesales y habiéndose agotado el requisito previo de la reclamación administrativa, se verificará si el actor tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación.

c. Del caso en concreto:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que el demandante laboró para el Departamento de Cundinamarca en calidad de trabajador oficial por el espacio comprendido entre el 11 de diciembre de 1957 y el 31 de mayo de 1984 (Fl 15) y que causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, la cual le fue concedida por la Caja de Previsión Social de Cundinamarca mediante la Resolución No. 23232 de 1984, conforme lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, en cuantía inicial de \$22.701,97 a partir del 10 de julio de 1984.



Luego bien, la presente *litis* se contrae a establecer si la mentada prestación debe ser reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por el promotor, como se peticiona en el libelo introductorio.

En tal sentido, resulta imperioso recordar que en lo tocante al monto de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, se dispuso en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 que estas equivaldrían al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, y a su turno, el artículo 2º de la ley 5ª de 1969, precisó la forma en que se debía entender acepción de “*asignación mensual*”, en los siguientes términos:

“Para los efectos del artículo 5 de la Ley 4 de 1966, se entiende por asignación actual, el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc., en la respectiva actividad, labor, profesión u oficio en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966. En consecuencia, el aumento hecho a las pensiones de jubilación de que trata el artículo 5 de la Ley 4a. de 1966, se liquidará tomando como base dicho promedio” (Negrillas fuera de texto).

Sumado a lo anterior se recuerda que el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por medio de la cual se establecieron los factores a tener en cuenta para realizar los aportes a las Cajas de Previsión por parte de los empleados oficiales del orden nacional, también estipuló que, para las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, estas serán liquidadas sobre los mismos factores que se hayan tenido en cuenta para calcular los aportes.

Así las cosas, procedió la Sala a analizar la Resolución No. 2323 del 8 de agosto de 1984 corroborando que se tuvo como sueldo promedio del último año la suma de \$30.269 a la cual se le aplicó la tasa de reemplazo del 75%, obteniendo como mesada pensional la suma de \$22.701,97.

Posteriormente, se verificaron los factores salariales percibidos por el demandante acorde a las certificaciones de salarios (Fls. 16 a 23 y 24 a 25), logrando constatar que la encartada para establecer el monto de lo devengado por el actor en el último año tuvo en cuenta todos los factores salariales establecidos en la norma precitada. Ello en tanto de los enunciados en la mentada norma, se corrobora que el libelista únicamente percibió en el último año de servicios el salario básico y el sobresueldo, cuyo promedio mensual asciende a la suma de \$25.116, monto por demás inferior al tenido en cuenta para la liquidación de su pensión.



Finalmente, se debe precisar que en la certificación de folios 24 a 25, igualmente aparece el reporte de lo percibido por el demandante a título de prima anual, prima de vacaciones y prima de navidad, acreencias laborales que no se encuentran comprendidas dentro de los factores salariales establecidos en el artículo 2º de la Ley 5ª de 1965, ni tampoco existe evidencia alguna que dé cuenta que las mismas fueron tenidas en cuenta como factores para realizar los aportes a la respectiva Caja, como lo establece el artículo 1º de la ley 62 de 1985 y por ende, no podrían tenerse en cuenta para la reliquidación de la prestación pensional, como se anhela en el *petitum*.

Implica lo antes dicho que la presente demanda carece de vocación de prosperidad, por lo que dimana lógica la absolución impartida en primera instancia.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto el proceso fue analizado en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN:

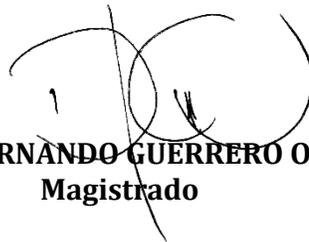
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre del 2019, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del presente proceso, por las razones antes estudiadas.

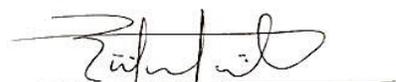
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 18 2018 00590 01
Demandante: CARMENZA BARRANTES GARCÍA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se aprecia que la profesional del derecho de Colpensiones, Doctora *María Juliana Mejía Giraldo*, reconocida de auto, sustituyó poder a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con C.C. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura; circunstancia por la cual, se le reconocerá personería a ésta última en los términos del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, así como estudiar el asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, en contra de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Carmenza Barrantes García*, formuló demanda en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se condene a ésta última al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, con ocasión del fallecimiento del señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez*, a partir de la fecha de su deceso, junto con el pago de intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que contrajo matrimonio por el rito católico con el señor *Juan Manuel Chávez Moreno* el día 16 de julio de 1983, con quien compartió únicamente por cuatro años, hasta el mes de enero de 1987.

Que con posterioridad, estableció una relación permanente e ininterrumpida con el señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez* (q.e.p.d), compartiendo techo, mesa y lecho desde el 8 de marzo de 1996 hasta la fecha de su deceso que lo fue en la calenda del 27 de septiembre de 2015.

Seguidamente indicó que, la relación de pareja con el causante siempre estuvo rodeada de un entorno amoroso, ayuda y solidaridad mutua; tanto así, que procrearon un hijo el día 11 de febrero de 2006 de nombre *Alejandro Rodríguez Barrantes*, quien falleció el 17 de junio del mismo año.

Que en razón de lo anterior, solicitó a la entidad la pensión de sobrevivientes y en Resolución SUB 71966 del 15 de marzo de 2018 se negó la prestación al haberse determinado que no se había acreditado la fecha exacta de convivencia con el causante, por lo que el 1º de junio de 2018 nuevamente elevó solicitud, frente a lo cual la pasiva insistió en su negativa en acto administrativo SUB 213663 del 10 de agosto de 2018, argumentando que no existía certeza de la convivencia con el fallecido en atención a que tuvo una sociedad conyugal vigente con el señor *Juan Manuel Chávez Moreno* hasta el 18 de enero de 2014.



Adujo que ciertamente, el 20 de febrero de 2014, mediante suscripción de Escritura Pública 0502, después de 16 años liquidó la sociedad conyugal con el señor *Juan Manuel Chávez Moreno*, sin que su actuar, haya desvirtuado la convivencia que mantuvo con el causante hasta el momento de su fallecimiento.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que la actora mantuvo una sociedad conyugal vigente con el señor *Juan Manuel Chávez Moreno* hasta el 18 de enero de 2014, esto es, un año y ocho meses anteriores al fallecimiento del señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez*, por lo que no existe certeza de la convivencia pretendida por el demandante.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de agosto de 2019, condenó a la demandada a reconocer y pago a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes, como consecuencia del fallecimiento de señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez*, en calidad de compañera permanente, a partir de 27 de septiembre de 2015, en cuantía equivalente a un S.M.L.M.V. y sobre 13 mesadas pensionales al año, sumas debidamente indexadas al momento del correspondiente pago, absolviendo a la entidad de las demás pretensiones deprecadas y declarando no probada la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que en atención a que el señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez* falleció el 27 de septiembre de 2015, la disposición pensional



pretendida debía estudiarse a la luz de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Luego concluyó que, de las pruebas obrante en el plenario se pudo determinar que el causante a la fecha del fallecimiento se encontraba laborando, como así dan fe las Resoluciones SUB 71966 del 15 de marzo de 2018 y SUB 213663 del 10 de agosto de 2018, siendo su última cotización el mes de septiembre de 2015, acreditando un total de 142 semanas, de las cuales 75.16 se realizaron dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, por lo que el señor *José ángel Rodríguez Rodríguez* dejó causado el derecho.

En lo que respecta al requisito de la convivencia, expuso que en efecto se logró acreditar por más de cinco años anteriores al fallecimiento del causante, bajo el entendido que tanto las pruebas documentales como testimoniales, demuestran lo manifestado por la actora en los supuestos fácticos de la acción y en el interrogatorio de parte surtido, en el entendido que en efecto convivió con el causante desde 1994, y que fruto de esa convivencia procrearon un hijo, el cual falleció a los pocos meses de haber nacido, al igual que dicha convivencia se mantuvo de manera ininterrumpida hasta la fecha del deceso, aspecto último que se probó de los testimonios recaudados y de la declaración suscrita en vida por el mismo causante.

Además, puntualizó que si bien la demandante y el señor *Juan Manuel Chávez Moreno* estuvieron casados, hubo una separación en el mes de enero de 2014, y que dicha separación no generó ningún tipo de interrupción en la convivencia de la primera mencionada y el causante, ya que así se acreditó del conjunto de pruebas que reposan en el proceso.

En lo que concierne al pago de los intereses moratorios, no los imputó bajo el entendido que la entidad respondió en tiempo las solicitudes de la actora, y que tan solo fue con



esta demanda que se logró evidenciar el requisito de la convivencia, por lo que ordenó el pago debidamente indexado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante encuentra inconformidad, en el hecho que debe condenarse a la entidad al pago de intereses moratorios, como quiera que a pesar de haber existido pruebas suficientes para reconocer el derecho pensional no lo hizo en tiempo, situación por la que no se encuentra justificada su conducta.

A su vez, *Colpensiones* encontró inconformidad en el hecho de que no se logró acreditar la convivencia dentro de los últimos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, pues insiste que la actora tenía una sociedad conyugal vigente, la cual se extendió hasta el año de 2014.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución de los recursos interpuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta, en primer lugar, deberá determinarse si a la aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, que en vida consignó el señor *José ángel Rodríguez Rodríguez*.



En caso afirmativo, se estudiará si es procedente el pago de intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión, que el causante tenía la calidad de afiliado frente a la entidad accionada y no de pensionado.

Tampoco es materia de discusión que falleció el 27 de septiembre de 2015, según se acredita con el Registro Civil de Defunción de folio 12, y por lo tanto, el estudio pensional deberá hacerse a la luz de lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, disposición que regula que para la obtención del derecho, el afiliado debió cotizar como como mínimo 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al deceso.

En tal sentido, de las Resoluciones SUB 71966 del 15 de marzo de 2018 y 213663 del 10 de agosto de 2018, se puede apreciar que el causante señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez*, a la fecha del fallecimiento cotizó un total de 994 días, correspondientes a 142 semanas, por el periodo comprendido entre el 11 de junio de 1976 y el 27 de septiembre de 2015 (Fls 35 a 41).

Asimismo, como lo asentó el *a-quo*, el causante sí dejó acreditado el requisito para la pensión que aquí se deprecia, en tanto, desde el momento del deceso que lo fue el 27 de septiembre de 2015, y tres años inmediatamente anteriores, esto es, el 27 de septiembre de 2012, cotizó un total de 523 días equivalentes a 74.71 semanas, situación por la que se continúa con el estudio de la convivencia.



En lo que a este tópico comporta, es menester de la Sala estarse a lo dispuesto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797, en los siguientes términos:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

“b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).”

Luego a la luz de lo dispuesto en la norma en cita, resulta dable afirmar que el cónyuge o compañero permanente que pretenda acceder a la pensión de sobrevivientes de un afiliado de forma vitalicia, le corresponde acreditar que cuenta con 30 o más años de edad, o que ha procreado hijos con el causante.

Siendo del caso precisar que en lo tocante al requisito de los 5 años de convivencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente pronunciamiento efectuado en la sentencia SL1730-2020, Radicación No 77327, del 3 de junio del 2020, precisó que el mismo no resultaba exigible al cónyuge o compañero permanente *superstite* del afiliado, al explicar:



“En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

“Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar. (...)

“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, (...)

*“(...)Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).



*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.***

“Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, (...)

“(…) En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

“Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo [2.2.8.2.3](#) del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de



2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”. (Negrillas fuera de texto)

Corolario de lo hasta aquí indicado, diáfano resulta colegir que en tratándose del fallecimiento de un afiliado, al cónyuge o compañero permanente le basta con acreditar que cumple con la referida calidad, bajo la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia, conforme la noción de familia establecida por la Corte Constitucional. Sin que sea dable para este tipo de casos exigir la acreditación de los 5 años de convivencia.

Inicialmente debe acotarse que la accionante nació el 16 de julio de 1961, por lo que para la data del deceso tenía más de 30 años de edad.

Frente a la convivencia, de las pruebas arrimadas, obra el Registro Civil de defunción de *Alejandro Rodríguez Barrante*, el cual demuestra que, entre el causante y el aquí demandante fruto de su relación, nació el hijo ya fallecido (Fl. 13), así como que el señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez* se encontraba afiliado en salud en *Aliansadud EPS* desde el 15 de abril de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, donde la actora era su beneficiaria en salud (Fl 16).

Además, obra copia de un seguro exequial de *Mapfre Colombia Vida Seguros*, cuyo tomador fue la empresa *Codensa S.A* y el asegurado el señor *José Ángel*, en la que a su vez aseguró a la actora para dichas contingencias, póliza que fue adquirida desde el 26 de agosto de 2006 (Fls 12 a 23).



También se recaudaron los testimonios de *Luz Aurora Saldaña Cano*, quien manifestó ser amiga de la demandante desde el año 1988 cuando trabajaban en la empresa *Luxuri Ltda.*, de ahí que mantuvieron una amistad, tanto así, que le comentó que era divorciada sin describir de manera precisa el nombre de la persona; que mantuvo un hogar con el causante desde el año de 1995, con quien tuvo una convivencia ininterrumpida hasta la fecha del deceso; que el causante estuvo pendiente de la actora en un momento de su vida cuando presentó serios quebrantos de salud y que procrearon un hijo quien falleció meses siguientes a su nacimiento, sumado a que por la amistad que tiene con la señora *Carmenza Barrante García*, en ocasiones frecuentaba la casa de la pareja, por ello que le conste la convivencia.

Explicó igualmente, que la pareja tenía vivienda propia, y que la actora le comentó que el señor *José Ángel* le propuso que arreglara la situación de su divorcio, para que en caso de fallecer no se presentara ningún inconveniente.

Por otra parte, se recepcionó el testimonio de la señora *Cecilia Quiroga Niño*, quien indicó ser cónyuge del sobrino del fallecido de nombre *Juan Carlos Rodríguez*, que conoce a la demandante aproximadamente desde el año de 2001 cuando causante la llevaba a la casa de la pareja, por ello le conste que la pareja convivió hasta la fecha del fallecimiento del señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez*, quien falleció por un cáncer que lo agobiaba; que le consta que la pareja tuvo un hijo que falleció poco tiempo después de nacer, así como que la pareja inicialmente vivía en el barrio el Perdomo de esta ciudad, y después se trastearon al barrio San Joaquín donde el causante tenía una fábrica de ladrillos.

Al unísono, manifestaron que el señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez* tuvo dos hijos con pareja distinta a la actora, los cuales ya son mayores de edad.

A su turno, el testigo *Juan Carlos Rodríguez* adujo que conoce a la actora porque fue la cónyuge de su tío fallecido *José Ángel Rodríguez Rodríguez*, que la distingue desde el año



1994 y convivía como pareja con el causante desde el año de 1996 hasta la fecha de su deceso.

Que su tío antes de convivir con la demandante tuvo una relación con la señora *María Eugenia Moya*, y que fruto de esa relación procrearon dos hijos de nombres *Jhon Jairo Rodríguez Moya* y *William Alberto Rodríguez Moya*, ambos mayores de edad en la actualidad. Expuso igualmente que el trato de la pareja era muy bueno y que nunca separaron, y de su unión procrearon el cual falleció de meses, agregando que la pareja en inicio vivía en el barrio Perdomo de Bogotá y con posterioridad se trasladaron al barrio San Joaquín, por cuanto su tío tenía una fábrica de ladrillos en dicho lugar.

Los dichos de los testigos, son contestes en señalar que en efecto la señora *Carmenza Barrantes García* convivió con el fallecido señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez* durante los últimos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, ya que fueron precisos en manifestar que nunca se separaron por este interregno, y que si bien el causante tuvo una relación anterior a la actora con la señora *María Eugenia Moya*, de la que se procrearon dos hijos, en la actualidad son mayores de edad y la señora *María Eugenia* es fallecida, talante que ratifica aún más la convivencia aquí deprecada, y que concuerda con el interrogatorio de parte rendido por la señora *Carmen Barrantes García*.

La Sala asigna total credibilidad al testimonio de *Juan Carlos Rodríguez*, quien fue sobrino del fallecido, de lo que era lógico que tuviese conocimiento por la consanguinidad que los unía, y de cómo era la relación de la pareja.

En este punto, se deja de presente el rechazo del argumento de la entidad para no acreditar la convivencia, pues si bien es cierto, que dentro del plenario obra copia de la Escritura Pública No. 0502 de 20 de febrero de 2014, en la que se aprecia que la aquí demandante y el señor *Juan Manuel Chávez Moreno* efectuaron la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico (Fls. 42 a 55), esta connotación no puede ser atendida



para desacreditar la convivencia de la actora con el causante como así se acreditó de la prueba anteriormente esbozada; circunstancia por la cual el reconocimiento del derecho habrá de confirmarse.

Ahora bien, en lo que concierne a la cuantía de la mesada pensiona otorgada en primer grado, esto es, sobre un S.M.L.M.V., la misma se encuentra ajustada a derecho toda vez que, confrontado el reporte de semanas cotizadas, se advierte que sus aportes siempre fueron sobre el mínimo.

Respecto de los intereses moratorios, a juicio de la Sala se confirmará su absolución, pues según se desprende de las Resoluciones SUB 71966 del 15 de marzo de 2018 y 213663 del 10 de agosto del mismo año (Fls. 35 a 41), la negativa de la entidad se dio con ocasión a la cesación de los efectos civiles con el señor *Juan Manuel Chávez Moreno* mediante Escritura Pública No. 0502 de 20 de febrero de 2014, de lo cual era evidente la motivación justificativa de la entidad, máxime si se tiene en cuenta, que es con el presente proceso que se está decidiendo el derecho, de ahí que sea procedente la indexación imputada.

Por último, con relación a la excepción de prescripción, esta no operó en este asunto, ya que el señor *José Ángel Rodríguez Rodríguez* falleció el 27 de septiembre de 2015 (Fl. 12), y la demandante elevó solicitud a la entidad el 26 de enero de 2018, la cual fue resuelta en mediante Resolución SUB 71966 del 15 de marzo de 2018 (Fls. 35 a 38), interrumpiendo así el término prescriptivo, y en virtud a que la demanda fue presentada el 12 de octubre de 2018 (Fl. 59), notificándose el 18 de diciembre de 2018 (Fl. 61), es palmario que no operó la prescripción regulada en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., por lo que la decisión de primer grado se confirmará en su totalidad.

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



V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

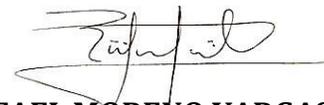
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

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

Ordinario Laboral 110013105003201800656 01
Demandante: PATRICIA PINZÓN MURCIA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte 2020.

AUTO:

Conforme el poder allegado, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de *Colpensiones* al Doctor *Michael Cortázar Camelo*, identificado con C.C No 1.032.435.292 y T.P No 289.256 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 24 de septiembre del 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Patricia Pinzón Murcia*, interpuso demanda ordinaria laboral a fin que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por ende, para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se ordene el traslado de los aportes, se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 9 de enero de 1968; cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido del 9 de enero de 1990 al 30 de junio de 1996; que el 17 de mayo de 1996 se trasladó a la *AFP Colfondos* y posteriormente se trasladó a la *AFP Protección S.A*; que cuenta con un total de 1381,86 semanas; precisando que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no atendió a una decisión informada, pues no se le brindó la información suficiente sobre las consecuencias y el impacto pensional; que el 8 de noviembre del 2017, radicó un derecho de petición ante las AFP en las cuales se vinculó solicitando copia del formulario de afiliación y constancia de la información brindada a la data del traslado, peticiones que fueron resueltas los días 8 y el 22 de noviembre de la misma anualidad, remitiendo únicamente los formularios de afiliación; que el 8 de noviembre de 2017 radicó un nuevo derecho de petición ante *Protección S.A.* peticionando el soporte de la información que le fue suministrada y solicitó la ineficacia del traslado, frente a lo cual con oficio del 20 de marzo del 2018 le informa que a los 57 años podría acceder a una pensión de \$2.026.958, precisando que en el Régimen de Prima Media con prestación Definida tendría derecho a una mesada pensional de \$3.990.104; el 9 de noviembre del 2017, radicó derecho de petición ante *Colpensiones* solicitando la nulidad del traslado de régimen, pero con oficio del 9 de enero del 2018 la pasiva deniega su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones, manifestando que brindó una asesoría legal y completa a la libelista respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y la genérica.

Protección S.A en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, por encontrarse frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.



Formuló como medio exceptivo de fondo, el que denominó falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva.

Con auto del 26 de junio del 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de *Colpensiones*.

Así mismo, mediante auto del 9 de julio del 2019, se dispuso la integración del contradictorio con la *AFP Old Mutual*, la que adujo que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones en tanto no se dirigían en su contra y en relación con *Skandia AFP* se opuso argumentando que siempre ha actuado de buena fe y conforme a los lineamientos vigentes para la fecha del traslado.

Propuso como medios exceptivos los que denominó buena fe, pago y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 24 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 17 de mayo de 1996 con efectividad al 1° de julio del mismo año, así como los realizados posteriormente y de forma horizontal; condenó a *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de existir, con todos los rendimientos financiero e intereses causados; condenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de los aportes, para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera realizado el traslado de régimen; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Para tael efecto, tras analizar el deber de información que le asiste a la AFP accionada, señaló que la demandante en el interrogatorio de parte no confiesa nada que beneficie a las demandadas; lo anterior por cuanto consideró que a la demandante no se le suministró la debida información sobre las implicaciones del traslado de régimen, carga probatoria que le incumbía a las accionadas, conforme lo ha precisado la Doctrina Jurisprudencial.



Igualmente, precisa que no es cierto que la ineficacia del traslado únicamente resulte procedente cuando exista una expectativa pensional y que adicionalmente se tiene por sentado que el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el suministro de información, máxime que el traslado entre AFP tampoco convalida la ineficacia del traslado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que el fallo resultó adverso a *Colpensiones*, se analizará la providencia en el grado jurisprudencial de consulta a favor de dicha entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como



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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y*



realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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



en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado del 17 de mayo de 1996 a *Colfondos* (Fl 160), 16 de junio del 2003 a *Santander* (Fl. 105), del 24 de marzo del 2006 a *Skandia* hoy *Old Mutual* (Fl 183) y del 20 de abril de 2007 a *Protección* (Fl 113), que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, ni se aportó medio de convicción que acreditara el cumplimiento de tal deber por la AFP.

Por lo expuesto, resulta lógico que el fallador de primera instancia declarara la ineficacia del traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que fuere condenada a *Colpensiones* a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si jamás se hubiere realizado el traslado, lo cual, tal como refirió el *a-quo*, apareja como consecuencia el deber de



devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente debe acotarse que, al tenerse por no contestada la demanda por *Colpensiones*, no existen medios exceptivos que deban desatarse a favor de dicha entidad. Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 **20201800713 01**
Demandante: JOSE ALBERTO PULIDO MONTENEGRO
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Acorde con el poder allegado por la *Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada de dicha entidad a la profesional del derecho *Teusain Manely Quiñones Sandoval* identificada con C.C No 80.118.477 y T.P No 291.104 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, en contra de la sentencia proferida el 1° de octubre del 2019 proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Alberto Pulido Montenegro*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 28 de febrero de 2012 y el 31 de octubre de 2016.



En virtud de ello, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta en el cargo de Auxiliar Técnico y Auxiliar de Mantenimiento Código 5110 Grado IV A, el trabajo suplementario, los recargos dominicales y festivos, el auxilio de cesantías, los intereses de cesantías, la prima de antigüedad, la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de servicios, la compensación en dinero de las vacaciones, a realizar la afiliación a seguridad social, la devolución indexada por concepto de retención en la fuente, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la indemnización extralegal por el despido injusto, la indemnización de que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, modificado por el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945; la sanción prevista en el artículo 55 de la ley 50 de 1990, la sanción por la falta de pago de los intereses de cesantías, se declare todo beneficio convencional, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, adujo que laboró de forma constante e ininterrumpida para la pasiva del 29 de febrero del 2014 al 15 de septiembre del 2017, mediante contratos de arrendamiento sucesivos, ejerciendo las labores de Auxiliar de Mantenimiento, devengando como último salario la suma de \$1.417.000, con un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m a 5:00 p.m y de 7:00 a.m a 2:00 p.m.

Que la planilla de turnos que debía cumplir en forma personal el demandante era elaborada por su jefe inmediato; que en el hospital TUNAL III NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E se encontraban formularios de planta vinculados en calidad de trabajadores.

Que sus jefes inmediatos fueron los señores *Fabio Aponte*, Jefe Operativo y *Fernando Cifuentes*, de quienes recibía ordenes, no podía delegar funciones, efectuaba sus labores con las herramientas de la entidad y tenía compañeros de trabajo vinculados con la entidad que cumplían las mismas funciones.



Precisó que la relación laboral terminó el 15 de septiembre de 2017 de forma verbal y presentó la correspondiente reclamación administrativa el 2 de noviembre del 2017, la cual fue despachada desfavorablemente con oficio del 17 de noviembre de la misma anualidad,

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Tuvo como sustento que nunca existió contrato de trabajo sino varios contratos de prestación de servicios independientes, autónomos e ininterrumpidos entre sí, los cuales se terminaron de forma legal y se cancelaron a la terminación de cada vigencia contractual.

Formuló las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1° de octubre del 2019, declaró que entre las partes existieron 3 contratos de trabajo del 2 de marzo del 2014 al 31 de julio del 2016, del 31 de agosto del 2016 al 30 de noviembre del 2016 y del 8 de enero del 2017 al 15 de septiembre de la misma anualidad; consecuencialmente condenó a la pasiva al pago de las cesantías, prima de servicios, vacaciones y auxilio de transporte; al pago de la sanción o indemnización dispuesta en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, correspondiente a un día de salario equivalente a \$47.365 a partir del 15 de diciembre del 2017, es decir 90 días después de la terminación del contrato; condenó a la pasiva a reconocer y pagar a favor del demandante las cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la pasiva.

Como sustento de su decisión, manifestó que acorde las documentales y los testimonios rendidos se colige de los testimonios de *Juan Carlos Espinoza* y *Ricardo Tocarruncho* y los denominados contrato de prestación de servicios personales en los cuales se aportó uno de



ellos a folios 74 y 75 y los comprobantes de egreso sobre el pago mensual por los servicios prestados por el demandante que obran a folios 69 a 73, el demandante efectivamente debía prestar servicios personales en ejecución de actividades de mantenimiento, por tanto, se concluye que en este caso prestó un servicio personal a la accionada, motivo por el cual resultaba oportuno dar aplicación a lo consagrado en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual establece que quien alega su condición de trabajador oficial y acredita un servicio a una persona natural o jurídica se presume la existencia del contrato.

No obstante lo anterior en gracia de discusión del análisis de las pruebas arrimadas al expediente ya referidas, principalmente de los dos testimonios, se acreditó que el actor prestó sus servicios en el hospital utilizando las herramientas dadas por dicha empresa para el desempeño de la labor de mantenimiento de la infraestructura hospitalaria, ejerciendo su labor en sus instalaciones, la imposición de órdenes en ejercicio de su cargo, un horario de trabajo y la percepción de una remuneración mensual de lo que se deriva la subordinación de esta con la demandada, ya que no actuó con la independencia técnica ni la autonomía administrativa, pues no resulta lógico ni razonable que en desarrollo de un contrato civil de prestación de servicios se impongan esta clase de obligaciones y mucho menos respecto de la labor que desempeñó el actor.

Por otra parte es menester recordar que en caso de presentarse interregnos cortos entre un contrato y otro se considera la existencia de una sola relación laboral conforme a lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como la del 15 de febrero, 24 de mayo de 2011 y 20 de febrero de 2013 radicados 40273, 37803 y 42546, sin embargo sobre este último acápite para el caso que nos ocupa y de las documentales aportadas encuentra el despacho que existieron interregnos cortos y otros prolongados entre uno y otro contrato.

Como consecuencia de lo anterior concluyó que entre las partes existió una relación de carácter laboral desarrollada mediante la ejecución de tres contratos dependientes en los siguientes periodos: (i) desde el 2 de marzo del 2014 hasta el 31 de julio del 2016, (ii) desde el 31 de agosto del 2016 hasta el 30 de noviembre del 2016 y (iii) desde el 8 de enero del



2017 hasta el 15 de septiembre del 2017, de los cuales se derivan las pretensiones de la demanda y devengando como último salario promedio la suma \$1,420,956, motivo por el cual se procede al análisis de las demás pretensiones derivadas de la existencia del contrato deprecadas en el libelo demandatorio.

En cuanto a la nivelación salarial que el proceso se encuentra huérfano de probanzas a efectos de establecer una comparación con otros trabajadores con identidad de funciones; frente a la aplicación de la convención colectiva de trabajo, que se aportaron las normativas extralegales a partir de la vigencia del año 2007, sin embargo, algunas prestaciones sociales extralegales como la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima semestral y prima de vacaciones que son objeto de pretensión en este plenario, no están contenidas en las documentales aportadas al plenario.

Respecto de los intereses a las cesantías, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados convencionales, que se aducen que deben ser reconocidos como factor salarial, tampoco se encuentran en el acuerdo convencional y por su parte el auxilio de transporte y el subsidio de alimentación de que tratan los artículos 2 y 3 es un incremento y no una prestación como tal, de modo que al no allegarse la convención que los contenía ello impide determinar su creación y monto para el respectivo incremento.

Ahora, con respecto a los pedimentos sobre la prima de servicios legales, compensación de dinero de vacaciones, prima de navidad enunciadas bajo conceptos legales, no resultan aplicables al caso en concreto en cuanto hacen referencia a los Decretos 1042 del 78 y 1045 del mismo año, y Acuerdos 8 de 1985 y 6 de 1986.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora adujo que tiene derecho a que se le aplique el Auxilio de Alimentación y todas las primas de Carácter Convencional que devengan los Trabajadores Oficiales que hacen la misma labor que el actor, para lo cual se aportó al expediente y que el suscrito director operativo de la dirección de gestión de talento humano de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD certificó que en la planta de personal de la SUBRED existe el cargo de operador de servicios generales, código 5150 categoría 4ª, auxiliar de mantenimiento.

En esa certificación que es plena prueba no tachada de falsa, sino que efectivamente emana de la propia entidad demandada, la asignación básica mensual para los años 2017 fue de \$1.467.231 diferente la suma que liquidó todas las prestaciones sociales de \$1.420.950, por lo que existe una diferencia de \$47.000 a favor del demandante.

De igual manera, se acceda al reconocimiento del trabajo suplementario. Además de lo anterior, se pasaron por alto los emolumentos y prestaciones sociales que devengan los trabajadores de planta, tales como la prima semestral, prima de vacaciones, prima de navidad, beneficio por servicios prestados y los intereses a las cesantías, emolumentos a los que no fue condenada la entidad.

Que el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968 y el artículo 12 de la Ley 432 del 98 estipulan los intereses a las cesantías; la prima de antigüedad está consignada en la certificación expedida por la entidad demandada y conforme al Acuerdo 8 de 1985 y el Acuerdo 6 del 86 se causa a favor del actor; la prima de vacaciones está consagrada en el artículo 17 del Decreto 1045; la prima de navidad está en la certificación expedida por la entidad; la prima de navidad en la Convención Colectiva del Trabajo y también instituida en el artículo 11 del Decreto 3135 del 68 y el artículo 33 del Decreto 1045 del 78, prestaciones que se causaron durante la relación laboral.

Refiere que la afiliación tuvo que haber sido ordenada al Sistema de Seguridad Social Integral y no solamente en pensiones; frente al auxilio de alimentación señala que está contenido en la Convención Colectiva de Trabajo y reglamentado igualmente en el artículo



51 del Decreto 1042 y 1045 del 78 y en el Decreto 1919 del 2002.

De igual manera refiere se debe condenar al pago de la indemnización extralegal por el despido injusto consagrada en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, así como a la sanción moratoria por la falta oportuno de los intereses a las cesantías contenidas en la Ley el 52 de 1975 y su Decreto Reglamentario 116 de 1976, lo cual se acompasa con el concepto del Ministerio de la Protección Social, número 106816 del 22 de abril del 2008.

Igualmente, la indemnización prevista en el párrafo primero del artículo 29 de la Ley 789 del 2002 por la falta de pago oportuno de los aportes a seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses en razón de un día de salario por cada día de retardo de sufragar los aportes parafiscales en los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato de trabajo

Por último, apela para que se ordena la emisión de la correspondiente certificación laboral para efectos pensionales y las diferencias salariales demostradas.

A su turno, la demandada presenta recurso de apelación respecto de todas las condenas impuestas en su contra en primera instancia en tanto el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo define que cualquier persona natural o jurídica puede realizar esta clase de contratos con una persona natural o una persona jurídica, siendo contratado el actor para labores de mantenimiento, lo cual es el objeto social del Hospital.

Que no se acreditó la subordinación, en tanto los testigos que dicen que actuaron como compañeros en mantenimiento, recibían instrucciones y controles del objeto del contrato que habían firmado de parte de sus supervisores, lo cual no acredita dicho elemento del contrato de trabajo. Refiere que no fue tomada en cuenta la excepción de pago, pese a que al actor se le cancelaron sus honorarios durante todos los extremos contractuales.

Que se acredita la buena fe en tanto el ordenamiento jurídico permite la contratación que se llevó a cabo; por último, que no se estudió la compensación.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, es del resorte de la Sala proceder a establecer si entre las partes existió una relación laboral y en caso afirmativo si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial, trabajo suplementario, el pago de primas convencionales distintas a las determinadas por el fallador de primera instancia, el Auxilio de Alimentación, la Prima de Antigüedad, Trabajo Suplementario, Prima Semestral, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, beneficios por servicios prestados, intereses a las cesantías, aportes a Seguridad Social en Riesgos Laborales, Salud y Cala de Compensación Familiar, la indemnización por despido injusto, la sanción por el no pago de los intereses laborales y la emisión de la certificación laboral para efectos pensionales.

Igualmente proceder a establecer si se encuentran llamadas a prosperar las excepciones de pago, compensación e inexistencia de la obligación.

c. Del Vínculo laboral:

Teniendo en cuenta la calidad que ostenta la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. debe indicarse que las Empresas Sociales del Estado fueron implementadas por la Ley 100 de 1993 como parte integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que a través de ellas La Nación y las entidades territoriales



presten directamente los servicios que correspondan a su naturaleza. En lo que respecta a la naturaleza jurídica el numeral 5º del artículo 195 de la ley 100 de 1993, reza:

“Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)”

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990. (...)”

A su vez, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en cuanto a la organización y prestación de los servicios de salud, señaló la clasificación de los empleos en la estructura administrativa de La Nación, de sus entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, determinando que serían de libre nombramiento y remoción o de carrera y en el párrafo se indicó que: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones [...]”*.

Sin embargo, la entidad demandada tiene la facultad de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especial, de conformidad con la Ley 80 de 1993 artículo 32, modificado por el artículo 2º del Decreto Ley 165 de 1997. Esta última normativa previó en su párrafo:

“PARAGRAFO 1o. A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.”

En el presente caso, el *a-quo* encontró demostrado que el actor, a pesar de haberse vinculado mediante sendos contratos de prestación de servicios, en la realidad se configuró como una verdadera relación laboral, aspecto que debate la convocada a juicio alegando la falta de acreditación de los elementos esenciales del contrato de trabajo, en especial la subordinación.



Sin embargo, en punto de la naturaleza jurídica de la pasiva, debe memorarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria, por vía de excepción, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

También ha precisado que solo es posible catalogar a un servidor público de una Empresa Social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, que su labor está relacionada con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediamente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la regla general.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia, más exactamente en la sentencia SL1125-2020, Radicación No. 71175 del 20 de abril de 2020, rememora lo dispuesto en incisos anteriores de estas consideraciones e indicó:

“Además, teniendo en cuenta los conceptos fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales», en sentencia CSJ SL18413 -2017, reiterada en CSJ SL1334 -2018, la Corte expresó:

“Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. n.º 22324, explicó lo siguiente:

“«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».



“Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. n.º 36668, respecto al mismo tema señaló:

“El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa. (Las subrayas no son del texto)

“En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

“No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

“Las anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.º 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

“Mantenimiento de la planta física hospitalaria.



“Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Servicios generales.

“Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras”.

Ahora bien, en el *sub-examine*, obra prueba que el actor fue contratado para desarrollar las labores de mantenimiento, conforme se desprende del objeto del contrato obrante a folio 74 y la certificación que milita a folio 68.

Asimismo, se tiene que los testigos *Ricardo Tocarruncho* y *Juan Carlos Espinoza* fueron contestes en afirmar que el demandante trabajó en el Hospital de El Tunal, realizando labores de mantenimiento, como pintura y construcción, actividades que debía desarrollar dentro del horario de trabajo establecido por la entidad, acatando las ordenes impartidas por los jefes, con las herramientas suministradas por el Hospital y que habían compañeros de planta que realizaban las mismas funciones; hechos que les consta en tanto fueron sus compañeros de trabajo.

Una vez determinado lo anterior, es patente que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, lo que da lugar a activar la presunción de existencia del contrato contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, y si bien por pasiva se aduce la existencia de una relación atada a los contratos de prestación de servicios y la ausencia de los elementos propios de una relación laboral, lo cierto es que acreditada la prestación personal del servicio, le incumbía a la parte convocada a juicio derruir la presunción legal de existencia del vínculo laboral, carga probatoria con la cual no cumplió, *contrario sensu*, los testimonios vertidos en el proceso dieron clara cuenta de la ejecución de las labores a



cargo del demandante, bajo una continua subordinación, evidenciada en el cumplimiento de órdenes y los horarios implementados por la pasiva.

Por tanto, dimana de lo aludido, la incuestionable existencia de una relación laboral entre las partes, dentro de la cual el actor desarrolló las funciones propias de un trabajador oficial.

En lo atinente a los extremos temporales de la vinculación, no puede aceptar la Sala el argumento planteado por la pasiva, consistente en que se declare un contrato por cada uno de los contratos de trabajo, suscrito entre las partes, habida consideración que las certificaciones de folios 67 y 68, dan clara cuenta de como se desarrolló la relación laboral de forma continua e ininterrumpida, por lo menos por los periodos concebidos del 2 de marzo del 2014 al 31 de julio del 2016, del 31 de agosto del 2016 al 30 de noviembre del 2016 y del 8 de enero del 2017 al 15 de septiembre del 2017, como acertadamente lo adujo el *a quo*.

d. De la nivelación salarial:

Solicita el actor en la alzada que para efectos de liquidar las prestaciones sociales dentro del presente juicio se tenga en cuenta el salario que debió devengar el demandante respecto de quienes ejecutaron sus mismas funciones en el cargo de Auxiliar Técnico con denominación técnica Auxiliar de Mantenimiento Código 5110 Grado IV-A

No obstante lo anterior, resulta precario el respaldo probatorio allegado como sustento de dicha afirmación, pues más allá de lo indicado por los testigos al afirmar que habían compañeros de planta que realizaban las mismas funciones, la certificación de los cargos de planta de folios 77 a 78 y la certificación de los devengos percibidos por los Operarios de Servicios Generales Código 5150 Categoría IV- A, no existe probanza alguna que dé cuenta con claridad de que las labores desarrolladas por el demandante, se acompasan con las realizadas por los Operarios de Servicios Generales Código 5150 Categoría IV- A.



Luego, como en efecto lo coligió el fallador de primera instancia la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le incumbe, por lo que dimana lógico que la falladora de primera instancia no accediera a dicho pedimento.

Bajo esta misma senda, resulta lógico que atendiendo al monto de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes y los devengos percibidos por el libelista, con ocasión de los mismos (Fl 68); se tenga como último salario la suma de \$1.420.956, acorde lo enunciado en primera instancia.

e. Trabajo Suplementario:

De otra parte, se duele la parte actora respecto de la absolución impartida en lo tocante al trabajo suplementario reclamado.

Por cuanto valga recordar que es criterio pacífico de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que para que proceda la condena por concepto de horas extras, dominicales o festivos, es necesaria la demostración clara y precisa de los interregnos que asegura haber laborado de forma adicional a la jornada ordinaria, al punto que, *“en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”*, así se precisó en sentencia SL7578 del 17 de junio de 2015, que cita la de radicado 31637 del 15 de julio de 2008.

En tal sentir, dado que tampoco reposa en el paginario prueba alguna, capaz de acreditar de forma fehaciente cuales fueron las horas extra laboradas por el actor, o los días en que se pudo causar el derecho a recargos por trabajo suplementarios. Resulta lógico que tal orfandad probatoria redunde en la absolución de la pasiva respecto de este punto, nuevamente por el incumplimiento de la carga probatoria a cargo de la parte convocante a juicio, según las reglas de la carga probatoria, plasmadas en el artículo 167 del C.G.P.



f. Derechos convencionales:

El apelante, encuentra inconformidad en que son prósperas las pretensiones de carácter convencional, por cuanto aduce que no fueron reconocidos a favor del demandante todas las primas convencionales a que tenía derecho.

Frente a este punto, debe iniciar la Sala precisando que dentro del petitum de la demanda el actor no incluyó ninguna prima de origen convencional, pues tras una lectura concienzuda del libelo genitor, se evidencia con meridiana claridad que los únicos beneficios convencionales anhelados fue el Auxilio de Alimentación y el Auxilio de Transporte, destacando que las primas peticionadas como la Prima de Antigüedad, la Prima de Vacaciones, la Prima de Navidad y la Prima de Servicios que se incluyeron en las pretensiones, son las de origen legal y no las convencionales.

Ahora en lo que respecta al Auxilio de Alimentación y al Auxilio de Transporte contemplados en los artículos 2º y 3º de la Convención Colectiva de Trabajo, basta indicar que resulta imposible fulminar condena por cualquiera de estos conceptos, en tanto para ambos derechos lo que establece la norma convencional es un incremento del 7% para el 2007 respecto de los niveles acordados por las partes e igualmente procede a determinar los montos en que se incrementaran par los años 2008 a 2011.

Implica lo antes enunciado que, para poder acceder a dichos petitum, se requería probar el monto de los niveles acordados por las partes para el año 2007 respecto de dichos emolumentos, los cuales sea del paso precisar, no fueron acreditados en el presente juicio. Aunado a lo anterior, lo cierto es que la norma convencional alude a incrementos frente a anualidades disimiles a las que comportan los extremos temporales de la relación laboral que hoy nos ocupa. Supuestos que redundan en la inminente absolución respecto de dichos tópicos.

Finalmente, en lo que a este punto del debate respecta debe indicar la Sala que sí aun en gracia de discusión se analizaran todos los beneficios convencionales consagrados en la



norma convencional de folios 124 a 128, con fundamento en la pretensión encaminada a que se declare a favor del actor todo tipo de beneficio convencional, lo cierto es que en la misma no se evidencia la consagración cualquier otro beneficio que le resultara aplicable al demandante y de hecho no contempla ningún tipo de prima, ni cualquier otro tipo de derecho que pudiese resultar aplicable al *sub lite*.

g. De las primas de antigüedad, navidad, semestral y de vacaciones:

De la prima de navidad:

Solicita el demandante el reconocimiento y pago de la prima de navidad contemplada en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, como en efecto lo aduce el *a-quo* el Decreto 1045 de 1978, está dirigida de forma exclusiva a empleados públicos y trabajadores oficiales del Sector Nacional, por tanto no resultaría aplicable al *sub-examine*.

No obstante lo anterior, no existe ningún impedimento de orden legal que impida se fulmine la condena de dicha prestación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1978, por tanto, como quiera que esta corresponde a 30 días de salario por cada año laborado, procedió la Sala a realizar los cálculos aritméticos de rigor estableciendo como monto de la misma la suma de \$3.604.836 para el primer contrato, \$381.310 por el segundo contrato y \$1.036.155 para el tercer contrato.

Prima Semestral:

En lo que a este punto del debate concierne, se tiene en que en la apelación el actor peticiona una prima semestral. Pese lo anterior, al revisar el libelo genitor, se tiene que en la demanda lo solicitado fue la prima de servicios legal, misma respecto de la cual se fulminó condena en primera instancia. Luego, habida consideración que en la Convención Colectiva allegada



tampoco aparece comprendido ningún beneficio de dicho tipo, claro resulta que no se podrá acceder a este pedimento.

Prima de Vacaciones:

El fundamento de la condena fulminada en la primera instancia fue el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 norma que si bien consagra esta prestación, no le es aplicable a los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado, pues su campo aplicación determinado en el artículo 2° se contrae a los empleados y trabajadores oficiales del orden nacional, como según lo refiere la misma norma la Presidencia de la Republica, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, los establecimientos públicos y las Unidades Administrativas Especiales.

Luego se cae de su peso que la presente prestación, no puede ser concedida al hoy demandante, como en efecto se determinó en primera instancia.

Prima de Antigüedad:

Anhela el promotor el reconocimiento y pago de la Prima de Antigüedad con fundamento en lo dispuesto en los Acuerdos 8 de 1985 y 6 de 1986; no obstante, ninguna de las mentadas disposiciones normativas resultan aplicables a los trabajadores de las E.S.E, por lo que no se podrá acceder a este pedimento.

h. Intereses a las Cesantías y sanción por su no consignación:

Peticiona el actor el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, previstos en el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968 y el artículo 12 de la ley 432 de 1998. Así como la sanción moratoria por la falta de pago, prevista en la ley 52 de 1975 su Decreto reglamentario 116 de 1976 y la ley 50 de 1990.



No obstante lo anterior, ninguna de las normas aludidas contempla el pago de los intereses a las cesantías a favor de trabajadores oficiales, por cuanto del Decreto 3118 de 1968 lo único que establece en la forma de calcular los intereses en tratándose de trabajadores afiliados al FNA y la Ley 432 de 1998, contempla la reorganización de la misma entidad.

Asimismo, se recuerda que la Ley 50 de 1990, no resulta aplicable a los trabajadores oficiales, acorde lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Rad.45390 del 8 de febrero del 2017, en cuanto se precisó:

“Por lo mismo, no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que por demás se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace impertinente esta pretensión”.

Por lo anterior, no prospera en este aspecto la apelación de la parte demandante.

i. Aportes al sistema de seguridad social en salud, riesgos laborales y caja de compensación:

Este punto de apelación habrá de confirmarse de absolución, en tanto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3009-2017, Radicación No. 47044 del 15 de febrero de 2017, manifestó:

“En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

“Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago



alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica”.

De ahí, que no prosperen estas pretensiones, incluidos los pagos a la caja de compensación.

j. Indemnización por despido injusto:

En primera instancia se abstuvo de fulminar condena por la indemnización por despido injusto. Decisión que comparte esta Corporación, por cuanto la Sala de Decisión considera que no se acreditó el despido unilateral por parte de la enjuiciada, habida consideración que ninguno de los testigos o pruebas documentales allegadas dan prueba de dicha situación, en tanto según el material probatorio lo que se tiene es que el 15 de septiembre del 2017, las partes suscribieron un paz y salvo ante la finalización del contrato, sin que se avizore el argumento que dio lugar a su culminación. Por manera que se mantendrá incólume la absolución respecto a este *petitum*.

k. Certificación laboral:

Insiste el demandante en que se ordene a la demandada expedir una certificación laboral para efectos pensionales. Sobre este punto, basta indicar que no existe ninguna previsión normativa que contemple como requisito para acceder al derecho pensional, la expedición de una certificación laboral, en tratándose de tiempos laborados con posterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993, así pues, no existe soporte normativo alguno que imponga a la pasiva la obligación de expedir una certificación laboral para fines pensionales en los términos rogados por el actor.

Siendo del caso aclarar que la única obligación en materia pensional que recae sobre la pasiva consiste en el reconocimiento y pago de los aportes a pensión, conforme lo dispuesto en la ley 100 de 1993, obligación frente a la cual se fulminó la condena respectiva.



De cara a lo indicado, resulta inane ordenar a la pasiva que expida la certificación laboral anhelada en los términos requeridos por el actor.

I. Excepciones de pago y compensación:

De igual forma, se constata que la convocada a juicio formula como medios exceptivos los que denominó pago y compensación, insistiendo en la alzada en la prosperidad de los mismos, por cuanto solicita se tenga en cuenta los pagos recibidos por el actor con arreglo a los contratos suscritos por las partes.

Frente a este planteamiento, resulta lógico aducir que resulta totalmente desatinado que la pasiva pretenda se tengan en cuenta los pagos realizados al demandante a título de honorarios y arrendamiento de su fuerza de trabajo, como soporte del pago de las condenas aquí fulminadas por concepto de las acreencias laborales dejadas de percibir por el actor, durante la vigencia de la relación laboral que intentó ocultar la pasiva mediante la suscripción de los mentados contratos, pues dichos pagos en modo alguno pueden suplir el incumplimiento en las obligaciones laborales a cargo de la pasiva, máxime cuando los mismos fueron tenidos en cuenta como si fueran el salario percibido por el demandante por lo que sirvieron de base para establecer su monto y a partir del mismo, liquidar las acreencias laborales objeto de las condenas impuestas en el presente juicio.

Así las cosas, no entiende la Sala desde que óptica o punto de vista, se podrían tener dichos pagos en cuenta, para cubrir ninguna de las condenas aquí fulminadas, bien sea con fundamento en la excepción de pago o la de compensación.

Finalmente, debe indicar la Sala que se abstiene de realizar cualquier pronunciamiento en lo tocante a la excepción de prescripción, como quiera que, en primera instancia, el *a quo* encontró no probada la misma y ninguna de las partes en el recurso de alzada, presentó inconformidad respecto a este punto.

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



V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal quinto de la sentencia proferida el 1° de octubre de 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en lo que atañe a la absolución impartida frente a la prima de navidad, para en su lugar condenar a la pasiva a cancelar al actor la suma de \$3.604.836 por el contrato de trabajo comprendido del 2 de marzo del 2014 al 31 de julio del 2016, \$381.310 por el segundo contrato del 31 de agosto del 2016 al 30 de noviembre de 2016 y \$1.036.155 para el tercer contrato del 8 de enero del 2017 al 15 de septiembre de la misma anualidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 31 201900313 01
Demandante: LUZ DARY SUESCUN SÁNCHEZ
Demandado: VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA. VISE
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de agosto del 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Luz Dary Suescun Sánchez* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Vigilancia y Seguridad Ltda. VISE* a efectos que se declare que entre las partes existieron diferentes contratos de trabajo a término fijo y una sola relación laboral; que las bonificaciones recibidas continua y quincenalmente constituyen factor salarial; que el salario real devengado por la actora durante el interregno de tiempo comprendido del 3 de septiembre del 2016 al 2 de septiembre del 2017 fue por la suma de \$1.489.215; que el salario devengado del 3 de septiembre del 2017 al 2 de septiembre del 2018 fue por la suma de \$1.679.726; que el salario real devengado del 3 de septiembre de 2018 al 4 de febrero del 2019 lo fue por la suma de \$1.739.309.

En consecuencia pretende que se condene a la demandada a reliquidar las prestaciones sociales, a tener como salario las bonificaciones canceladas quincenalmente denominadas “Ncs”, “recargos dominicales” y “recargos acordados”; al pago de la indemnización por despido indirecto; a cancelar el examen ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez por su pérdida auditiva; la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T; los aportes a seguridad social con el salario realmente devengado; a reintegrar los dineros descontados por concepto de póliza de servicios funerarios; se condene a la pasiva al pago de los daños morales y materiales, generados por la pérdida



auditiva; al pago de la indexación de las sumas adeudadas; se oficie al Ministerio de Trabajo para que inicie una investigación por los protocolos en higiene industrial y seguridad; se condene en costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar para la demandada el 3 de septiembre del 2016 a través de un contrato de trabajo a término fijo de 6 meses; la relación laboral se prologó por 3 periodos más; el 22 de enero de 2018 solicitó ser reubicada en la ciudad de Cúcuta, sin que le fuera suministrada respuesta alguna, por tanto debió renunciar el 4 de febrero del 2019; que desde el inicio fue asignada al Centro Recreativo el Cubo de Colsubsidio; que su horario era de 5:00 a.m. a 2:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 10:00 p.m.; que desde el 3 de septiembre del 2017 su horario fue modificado de 7:00 a.m. a 5:00 p.m.

Igualmente relata que para el desarrollo de sus funciones debía utilizar auriculares de marca Motorola, debido a que en el lugar donde se desarrollaban las funciones se presentaba contaminación auditiva, sufriendo una afectación en el oído derecho por *“hipoacusia sin especificar de grado moderada a severa”*, afirmando que jamás le realizaron exámenes ocupacionales; no obstante, le hicieron el examen médico de retiro, sin que le fueran entregados los resultados.

Que durante la relación laboral la practicaron descuentos por una póliza de servicios funerarios, sin su autorización.

Finalmente, aduce que quincenalmente percibía bonificaciones, pero estas no fueron tenidas en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, ni los pagos de los aportes a seguridad social.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación, admitió el vínculo laboral pero explicó que este se desarrolló mediante varios contratos de trabajo a término fijo, los cuales fueron debidamente liquidados, así mismo afirma que las prestaciones sociales y aportes a seguridad social, fueron debidamente liquidados teniendo en cuenta todos los devengos, con excepción de la bonificación extralegal *“NCS”*, que no constituye factor



salarial, por no retribuir la prestación del servicio, no se pagó de forma permanente y obedeció a la mera liberalidad el empleador.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 2 de agosto del 2019, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión manifestó que no se debate la prestación del servicio por parte del demandante a favor de la demandada, pero que esta no se rigió por un solo vínculo laboral sino por tres contratos de trabajo entre las partes a término fijo, el primero entre el 3 de septiembre del año 2016 al 2 de septiembre del año 2017, el segundo desde el 3 de septiembre del año 2017 al 2 de septiembre del año 2018, y el último desde el 2 de septiembre del año 2018, este último contrato conforme a documental allegada al expediente folio 32, se dio por terminado en febrero del año 2019.

Que aduce la parte demandante que el contrato se dio por terminado por despido indirecto, sin embargo se constata que finalizó por la renuncia de la demandante del 4 de febrero del 2019, la cual acorde se indica en la comunicación se adopta por razones de índole personal; luego la parte demandante no cumplió con la obligación consagrada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo atinente a indicar las causales o motivos que aduce, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causal o motivos distintos.

Al determinar el salario devengado por la demandante, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 27 de noviembre del año 2012, Radicación 42277, se acredita que en los contratos de trabajo se pactó la cláusula que reza que el trabajador podrá recibir un beneficio extralegal no constitutivo de salario hasta por la suma de \$300.000, en el contrato del 3 de septiembre del año 2017, se pactó que dicho beneficio podría ser hasta de \$340,186 y en igual sentido quedó consignación en el contrato del 3 de septiembre del año 2018.



De otra parte, resalta que no fueron aportados todos los desprendibles de nómina y conforme al principio de carga de la prueba era la parte demandante a quien le correspondía probar que sumas recibió mes a mes por estos conceptos, máxime que no es de recibo que la liquidación de prestaciones sociales se haya verificado con fundamento en el salario mínimo legal mensual vigente, lo cual está desvirtuado con documentación obrante folio 107, 108 y 109 del expediente.

Así, al no estar probado cuanto fue lo que realmente recibió la demandante por estos conceptos, ni tampoco estar acreditado que en esta liquidación definitiva que conceptos se tuvieron en cuenta y cuáles no, consideró que no puede imponerse condena alguna tendiente a obtener la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones.

Frente a los descuentos que aduce le realizaron sin autorización, se corrobora que no es cierto pues la correspondiente autorización reposa a folios 110 a 111; en lo atinente al pago de los perjuicios irrogados por una deficiencia auditiva, que no se acreditó que la misma sea consecuencia de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante interpone recurso de apelación (i) frente a la *modalidad de contratación*, señalando que si bien es cierto se presentaron tres contratos, se avizora una continuidad laboral, al haberse pactado por el mismo objeto, se cumplieron las mismas funciones, horario y se solucionó el mismo salario, por lo que operó en realidad un solo contrato de trabajo.

En lo atinente al (ii) *trabajo suplementario* señala que, en la declaración del encargado de liquidación de las nóminas, se manifestó que la señora *Luz Dary Suescun* laboró en horas extras, a lo cual se debía que se solucione un salario superior al SMLMV y si bien es cierto que no se pudo aportar la nómina de los tres años, se solicitó que fuera la demandada quien las aportara.

Respecto del (iii) *pacto de desalarización*, estima que existe un nexo causal entre las bonificaciones y la prestación del servicio, por lo cual se pretendía desnaturalizar el salario acorde con las horas laboradas.



Respecto de (iv) los *descuentos salariales*, que el empleador le hizo suscribir una autorización de descuento por conducto de una empresa ajena, sin que además exista prueba de la póliza, aunado a ello que el Sistema Integrado de Seguridad Social tiene el beneficio que se ofrecía, por lo cual no se debía ofertar de manera diferente por la accionada.

En lo atinente al (v) *despido indirecto*, que por activa si se puso de presente una carta exponiendo los motivos, sin que se haya emitido una respuesta, teniendo en cuenta además que la empleadora no atendió su requerimiento proveniente de una necesidad familiar que tenía por tener a su menor hija fuera de la ciudad, frente a lo cual debió dar por terminado el contrato de trabajo.

Finalmente, respecto de (vi) la *indemnización plena de perjuicios*, que no existe ninguna duda que se dio una afectación en su oído y padece de hipoacusia, relacionada con el uso del audífono, y pese a que no se hubiese determinado la calificación, la ARL tenía a su alcance hacerlo o el Juez de manera oficiosa debió ordenar que se realizara la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, (i) Que tipo de contrato rigió el vínculo laboral de la demandante, (ii) Si la demandante tiene derecho a la reliquidación de sus acreencias laborales, (iii) Si deben ser tenidas en cuenta las horas extras, (vi) Si existió un despido indirecto y con fundamento en el mismo, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, (v) Si los



descuentos realizados por la Póliza Funeraria fueron ilegales, y (vi) Si la demandante tiene derecho al pago de los perjuicios reclamados por la patología que sufre.

c. Del Vínculo Laboral:

Como se viene enunciando no es objeto de debate que las labores desarrolladas por la demandante para la empresa demandada lo fueron en virtud de un vínculo laboral; no obstante lo anterior, la encartada aduce que esta se dio en el marco de tres contratos de trabajo a término fijo, mientras que la parte demandante reitera en la alzada que dada su continuidad, existió una única relación laboral, siendo del caso precisar que no existe claridad en que es lo pretendido por la demandante, en tanto en la demanda peticiona que se declare que existió una única relación laboral regida por tres contratos de trabajo a término fijo.

Con todo, en aras de esclarecer este punto del debate, procedió la Sala a analizar los medios probatorios arrimados evidenciando que en efectos la partes suscribieron y liquidaron debida forma tres contratos de trabajo a término fijo así: (i) Un contrato inicial a término fijo del 3 de septiembre del 2016 al 2 de septiembre del 2017 (Fl 102), debidamente liquidado en esta última data (fl 31); (ii) Un segundo contrato a término fijo suscrito el 3 de septiembre del 2017 que se extendió hasta el 2 de septiembre del 2018 (Fl 98), data en la cual fue debidamente liquidado (Fl 108); y (iii) un último contrato a término fijo suscrito el 3 de septiembre del 2018, el cual se extendió hasta el 3 de septiembre del 2019, calenda en la cual fue debidamente liquidado (Fl 107).

En igual sentido se corrobora que los mentados contratos de trabajo fueron finiquitados y liquidados bajo los parámetros establecidos en el artículo 46 del C.S.T, en tanto la culminación de los dos primeros contratos estuvo precedida, como en derecho corresponde, por la respectiva carta de preaviso suministrada con antelación no superior a treinta días (Fls 106-109) y el último feneció, por la renuncia presentada por la demandante (Fl 112). Siendo del caso precisar que la demandante en el interrogatorio de parte, aceptó la suscripción de los mismos y que recibió las correspondientes liquidaciones, limitándose a indicar que su reparo frente a las mismas consistía en que estaban mal liquidadas pues se habían realizado con el salario mínimo.

De cara a lo indicado, debe precisar la Sala que no existe ninguna previsión legal o jurisprudencial que le impida al empleador suscribir un contrato de trabajo a término



fijo, terminarlo y liquidarlo bajos los parámetros legales, para luego suscribir uno nuevo, como acaeció en el *sub-examine*, sin que sea dable dar por entendido que dada la continuidad de los mismos existió un único contrato de trabajo, pues ni siquiera el transcurso del tiempo, tiene la potestad de mutar la naturaleza de la relación laboral, máxime si no se trasgredieron los lapsos mínimos permitidos para la contratación a término fijo.

Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral tiene por sentado de tiempo atrás que el transcurso del tiempo no muta el tipo de contrato de trabajo, como lo precisó entre otras en la sentencia SL 15610 del 19 de octubre del 2016, con radicación No 48879, en la cual expresó:

“Por tal razón, la vinculación de trabajadores través de contratos de trabajo a término fijo, goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 Ibidem, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios.

“Es por ello que la jurisprudencia de esta Sala siempre se ha orientado a determinar que el contrato de trabajo a término fijo constituye una de esas modalidades legales de vinculación que no ha perdido legitimidad y puede ser utilizada libremente por las partes dentro de los precisos límites normativos, de modo que si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado (CSJ SL3535-2015).

“También ha dicho la Sala, que el contrato de trabajo a término fijo no pierde su esencia ni cambia a la modalidad de indefinido por el hecho de que se prorrogue varias veces, como lo propone la censura (Ver CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776, CSJ SL, 5 may. 2006, rad. 27034)); y que su culminación por el vencimiento del plazo fijo pactado no se equipara al despido sin justa causa, en cuanto esa causal constituye un modo legal de terminación con arreglo a lo previsto en el artículo 61 del CST. (CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776, CSJ SL, 10 may. 2005, rad. 24636, CSJ SL, 27, abr. 2010, rad. 38190, CSJ SL, 8 feb. 2011, rad. 37502)”
(Negritas fuera de texto).

Así las cosas, resulta dable afirmar que el *petitum* del libelista encaminado a la declaratoria de una única relación laboral carece de vocación de prosperidad, en tanto se encuentra plenamente probado en el proceso que realmente existieron tres contratos de trabajo a término fijo, tal como fue establecido en primera instancia.



Ahora bien, debe aclarar esta Sala que, aunque el criterio imperante en esta Sala conforme lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, entre otras en sentencia SL-691 del 2013, consiste en que de petitionarse la declaratorio de un único contrato y evidenciarse que la relación laboral, se desarrolló no mediante uno, sino varios contratos, únicamente se fulminaría condena respecto del último. Lo cierto es que en autos, el Juez de primera instancia fue quien determinó la existencia de tres contratos de trabajo, por lo que se procederá a realizar el análisis de los siguientes puntos del debate, teniendo en cuenta dicha pluralidad en los mismos.

d. De la reliquidación de las acreencias laborales

En lo que a este tópico comporta, viene sosteniendo el demandante que sus acreencias laborales no fueron debidamente liquidadas en tanto no se tuvo en cuenta el salario efectivamente devengado.

Ahora bien, sobre el particular sostuvo la parte actora a lo largo del proceso que las liquidaciones fueron efectuadas teniendo en cuenta únicamente el salario básico, no obstante lo precedente, al analizar las liquidaciones de los contratos de trabajo y los desprendibles de nómina de folios 31 a 38 y 107 a 108, se puede corroborar a simple vista que todas las acreencias laborales fueron liquidadas teniendo en cuenta, además del salario básico percibido por la libelista igual al mínimo legal mensual vigente, lo percibido por la misma por concepto de los recargos devengados por trabajo suplementario como nocturnos, festivos y horas extras, tal como en efecto lo corrobora el testigo *Fabián Marulanda Acevedo*.

Así pues, se tiene que el único concepto que no fue tenido en cuenta como factor salarial para la liquidación de las acreencias laborales fue la Bonificación Extralegal NCS, tal como lo reconoce la pasiva en su escrito de contestación y lo afirma el testigo *Fabián Marulanda Acevedo*.

En tal sentir, es menester de esta Corporación proceder a constatar si el pago percibido por la demandante por concepto de Bonificación Extralegal NCS, constituye factor salarial o no.

En lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del CST establece que constituye salario 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, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del CST establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

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

“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

“[...]”



“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

“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.

“[...] 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.

“[...]”

“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

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

En el presente caso el testigo *Fabián Marulanta Acevedo* explicó que la “*Bonificación Extralegal NCS*” era cancelada a los trabajadores de forma quincenal, como una ayuda adicional para el transporte, por lo que no se cancelaba durante la época de las vacaciones y que adicionalmente, existía una cláusula de exclusión salarial en el mismo contrato de trabajo. Esta última afirmación, se encuentra respaldada con los contratos de trabajo visibles a folios 94 a 105, habida consideración que efectivamente en la cláusula décimotercera de los mismos se pactó:



“d) el TRABAJADOR podrá recibir un beneficio extralegal no constitutivo de salario hasta por la suma de \$340.180 mensuales, la cual será liquidada en proporción al tiempo laborado durante un mes. Dicho beneficio será liquidado en consideración a los turnos de trabajo, jornadas laborales, condiciones del lugar de trabajo y distancia de los puestos PARÁGRAFO 1: Las partes acuerdan y convienen que el beneficio de que trata el literal d) de esta cláusula, no constituye salario para ningún efecto laboral, prestacional, indemnizatorio ni parafiscales, de conformidad con lo establecido en los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la ley 344 de 1996 PARÁGRAFO 2: El beneficio no salarial contenido en el literal d) de esta cláusula podrá ser modificado, adicionado o suprimido por el TRABAJADOR en cualquier momento, por ser de naturaleza extralegal y ser reconocidos unilateralmente por este”

Asimismo, vale la pena indicar que dentro de las piezas procesales aportadas, tal como lo indicó el *a-quo*, no fueron allegados todos los desprendibles de nómina de la demandante, por manera que solo existe soporte de los pagos devengados por la demandante por concepto de la Bonificación Extralegal NCS, de: la primera quincena de febrero, la segunda quincena de enero, la primera quincena de abril y la primera quincena de agosto de 2018, siendo del caso precisar que el monto cancelado por tal concepto fue variable, pasando desde \$18.228 hasta \$180.152.

De cara a lo indicado para esta Sala la mentada bonificación no puede tener carácter salarial, no solo en razón de lo pactado por las partes en los contratos de trabajo, sino porque acorde lo indicado por el testigo *Fabián Marulanda Acevedo* no era de carácter salarial pues tenía como fin brindar un ayuda para el transporte de los trabajadores, más no retribuir la labor desarrollada por el trabajador.

Con todo, aun si en gracia de discusión se diera por sentado su carácter salarial, resultaría imposible efectuar la liquidación de las prestaciones sociales como lo pretende la parte actora en tanto no existe dentro del plenario la prueba de todos los pagos percibidos por la demandante por dicho concepto a lo largo de la relación laboral, situación que impediría su reliquidación, máxime cuando su retribución fue variable, carga probatoria que tal como lo indicó la falladora de primera instancia incumbía a la demandante a voces de lo reglado por el artículo 167 del C.G.P aplicable a los juicios laborales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.T y la S.S, siendo del caso precisar que con la demanda la promotora jamás solicitó que la encartada aportara los desprendibles de nómina, luego no era obligación de la pasiva allegarlos al plenario, como lo sostiene en la alzada.

e. Del trabajo suplementario



Frente a este aspecto se tiene que en la alzada la parte actora alega que dentro del plenario si se encuentra acreditado que la demandante laboró horas extras, aseveración que por un lado no entiende la Sala, como quiera que dentro del libelo genitor la demandante jamás solicitó el reconocimiento y pago de trabajo suplementario, sino que se limitó a indicar que dichos conceptos debían ser tenidos en cuenta como salario para la reliquidación de las acreencias laborales. No obstante, tal como se indicó en precedencia está plenamente demostrado en el proceso que, en las liquidaciones de prestaciones allegadas, se corrobora que dichos rubros si fueron tenidos en cuenta como base salarial para la liquidación de las prestaciones sociales.

Adicionalmente, para zanjar cualquier tipo de debate sobre este punto, es menester que es criterio pacífico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que para que proceda la condena por concepto de horas extras, dominicales o festivos, es necesaria la demostración clara y precisa de los interregnos que asegura haber laborado de forma adicional a la jornada ordinaria, al punto que, *“en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”*, así se precisó en sentencia de la CSJ SL7578 del 17 de junio de 2015, que cita la de radicado 31637 del 15 de julio de 2008.

En tal medida, atendiendo a que dentro del plenario no existe ninguna prueba que nos permita inferir que la demandante causó el derecho al pago de trabajo suplementario, por montos superiores a los que fueron cancelados por la encartada, al no existir una sola prueba que dé cuenta de los días y horas en los que se generaron, es patente, que en todo caso no habría lugar al reconocimiento de ningún rubro adicional por dicho concepto.

f. Del despido indirecto.

Conviene señalar que cuando se alega despido indirecto, a la parte actora le corresponde demostrar no solo el hecho de la terminación del contrato de trabajo, sino fundamentalmente que las causas que la motivaron son justas e imputables al empleador.



Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 14877 de 2016 manifestó: *“El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque si bien en principio se ha señalado que al primero [trabajador] le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo [empleador]”*.

En la litis que hoy nos convoca a juicio no existe debate alguno, en cuanto a que la demandante en efecto fue quien tomó la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo al presentar su renuncia el 4 de febrero de 2019 (Fl 112), sin embargo, basta indicar que en el mentado documento la actora jamás adujo que dicha determinación fuese adoptada por haber incurrido el empleador en alguna de las causales enunciadas en el literal b del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, *a contrario sensu*, la referida misiva soporta una decisión adoptada por razones de índole personal que no pueden ser achacadas a la convocada a juicio, ni dan lugar a la configuración de ninguna de las causales enunciadas en la norma ya reseñada, pues en la misma se dijo:

“Cordial saludo, la presente con el fin de presentar mi renuncia irrevocable, lo anterior teniendo en cuenta que por motivos personales me veo en la obligación de trasladarme a la ciudad de Cúcuta, agradezco de antemano la oportunidad brindada y la experiencia adquirida durante el tiempo que labore en tan excelente empresa, con el ánimo de no afectar la operación laborare hasta el día 03 de febrero del 2019”

A más de lo expresado, juzga conveniente indicar que si bien con anterior a dicha decisión, puntualmente el 22 de enero del 2018, la demandante había solicitado su traslado a la ciudad de Cúcuta por razones de índole familiar, el que la pasiva no hubiere accedido a tal pedimento, de forma alguna daría lugar a estimar que la accionante estaba endilgando en la renuncia la configuración de una de las justas causas de renuncia imputables al empleador a voces de lo reglado en el literal b del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Dimana de lo referido en líneas precedentes, la ineludible absolución de la pasiva respecto de la indemnización por despido injusto anhelada por la promotora, como de forma atinada se indicó en primera instancia.



g. De los descuentos

Otro de los puntos a definir, es si los descuentos realizados a la demandante por concepto de Plan Funerario fueron ilegales y, por lo tanto, la pasiva debe retornar dichos montos a la demandante. Sobre el particular es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 149 del C.S.T., que reguló lo referente a los descuentos prohibidos:

*“1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, **sin orden suscrita por el trabajador**, para cada caso, o **sin mandamiento judicial**. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.*

“2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.

“3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento.” (Negrilla fuera del texto original).

A su turno, el artículo 150 *ejusdem* reguló cuáles eran los descuentos permitidos, así:

*“Son permitidos los descuentos y retenciones por conceptos de cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorro, **autorizadas en forma legal**; de cuotas con destino al seguro social obligatorio, y de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con el reglamento del trabajo debidamente aprobado.” (Negrilla fuera del texto original).*

A renglón seguido, el C.S.T. en el artículo 152 establece que *“El empleador y su trabajador podrán acordar **por escrito** el otorgamiento de préstamos, anticipos, **deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda.**”*

De las anteriores normas se colige que, en efecto el empleador puede realizar descuentos y/o compensaciones del salario del trabajador, cuando quiera que medie



autorización previa del trabajador o una orden judicial, de lo contrario estas deducciones no serán legales.

En autos, la parte actora logró acreditar que la demandante le venía realizando un descuento por nomina denominado "*Plan Funerario*". Pero, a su turno, la convocada a juicio allegó al paginario una solicitud de afiliación a prevención exequial, junto con la correspondiente autorización de descuentos quincenales, ambos documentos debidamente firmados por la demandante, tal como ella misma lo reconoció en el curso del interrogatorio de parte rendido en el presente juicio.

Implica lo anterior que los descuentos realizados a la demandante por concepto de "*Plan Funerario*" se encuentran ajustados a derecho, en tanto fueron realizados con la aquiescencia de la demandante, debidamente plasmada en la autorización expresa de descuento obrante en el plenario.

Siendo del caso expresar que los argumentos expuestos en la alzada por la convocante a juicio, consistentes en que la actora había sido constreñida por la pasiva a la suscripción de dicha póliza funeraria, no solo comportan nuevos supuestos de facto que no fueron ventilados a lo largo del proceso, sino que en todo caso carecen de fundamento probatorio que los respalde.

Lo antes expuesto, permite colegir que la pretensión encaminada a la devolución de los precitados descuentos adolece de vocación de prosperidad. Por manera que este punto del debate también será confirmado por la Sala.

h. De los perjuicios pretendidos

Finalmente, se tiene que la demandante en el libelo genitor solicitó el reconocimiento y pago de perjuicios tanto morales, aduciendo que la pérdida auditiva que padece se produjo por la deficiencia en los elementos de trabajo.

Como en efecto lo indicó la falladora de primera instancia, la parte actora si bien no alega la culpa patronal haciendo una interpretación de la demanda, se entiende que la indemnización de perjuicios alegados es la prevista en el artículo 216 del C.S.T.



Ahora, de conformidad con el artículo 216 del C. S. del T., *“Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”*, por lo tanto, le corresponde al accionante demostrar el advenimiento de un accidente de trabajo, así como el daño proveniente del mismo, la culpa del empleador en su ocurrencia y el nexo de causalidad.

Es preciso acotar que el máximo órgano de cierre sobre este punto precisó que la culpa patronal prevista en la norma en cita es de carácter subjetivo, pues deviene de la culpa suficientemente comprobada al empleador, así en sentencia del 6 de mayo de 2015, SL16792-2015, radicado 45750, precisó:

*“La Sala comienza por precisar que en materia de riesgos profesionales -hoy riesgos laborales-, **surgen dos clases de responsabilidad: (i) una objetiva -por el riesgo creado- que obliga a las administradoras de riesgos laborales «ARL» a reconocer al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema, que se generan a partir de la ocurrencia del siniestro y para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador y, (ii) otra subjetiva derivada de la «culpa suficientemente comprobada del empleador»**, por la que se le impone la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados a consecuencia de los riesgos profesionales que sufra su trabajador, que es la consagrada en el art. 216 del C.S.T...*

“Así lo enseñado esta Sala entre otras, en la Sentencia CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 39446, en la que al efecto dijo:

“Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional”, que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia...”

“...En ese contexto, se equivoca la censura al sugerir que la indemnización plena de perjuicios consagrada en el art. 216 del C.S.T., emana de la responsabilidad objetiva -riesgo creado-, en tanto como se ha explicado, es la culpa suficientemente comprobada del empleador, en la ocurrencia del riesgo laboral, la que origina la responsabilidad subjetiva de aquél...” (Negrillas de la Sala).

De igual manera, esa Corporación en sentencia del 30 de junio de 2005, Rad: 22.656. ha referido:

“Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del



siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador.

“Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a éste compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios.

“De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.

“La abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

“No puede olvidarse, además, que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', tal y como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil”.

En el presente caso, lo primero que se debe indicar es que la parte actora no logró acreditar el perjuicio irrogado a la demandante, pues si bien aduce que la promotora sufre de una pérdida auditiva por la falta de elementos de trabajo, lo cierto es que en aras de acreditar tal supuesto lo único que allegó a las presentes diligencias fueron los exámenes realizados a la demandante el 7 de febrero del 2019, en los que se determina que la demandante sufre de hipoacusia sin especificar de grado moderada a severa, no obstante extraña la Sala un elemento probatorio que permita corroborar que la referida patología es de origen laboral, o si quiera que permita entrever que la misma se generó por causa o con ocasión de la labor que desarrolló para la encartada, carga probatoria que le incumbía a la libelista conforme lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.



Siendo del caso precisar que tal dislate no podía ser enmendado por el operador judicial decretando de oficio la práctica del examen de pérdida de capacidad laboral, como se sostiene en la alzada, entre otras cosas porque se tiene adoctrinado que el mismo no es una prueba *ad substantiam actus*, por manera que el libelista contaba con todos los medios probatorios a su alcance para acreditar tal supuesto y no se avizora que haya desplegado el debido esfuerzo probatorio para su acreditación, no siendo de recibo que ahora se atribuya una omisión al juzgador de primera instancia.

En todo caso, la encartada, sí allegó medios probatorios al plenario con el fin de demostrar que la hipoacusia que padece la demandante, la sufría desde antes del ingreso a la compañía y que la misma, no se pudo afectar por las labores desarrolladas para la encartada. Como prueba de ello aportó el examen médico de ingreso practicado a la libelista el 1º de septiembre del 2016 (Fl 34), en el cual consta que en dicha oportunidad se dejó establecido que la demandante no podía ser expuesta a ruidos superiores a 85 decibeles.

Igualmente se escuchó el testimonio del señor *Jhon Guzmán*, Jefe de Seguridad y Salud en el Trabajo y del Doctor *José Luis Zambrano*, médico de Seguridad y Salud en el Trabajo, quienes fueron contestes en afirmar que la demandante ingresó a laborar con un problema auditivo que le impedía estar expuesta a ruidos superiores a 85 decibeles e igualmente dan cuenta de que la promotora no presentó incapacidades por dicha patología, ni aportó ningún soporte clínico. Precizando, *Jhon Guzmán* que en las labores desarrolladas por la demandante en el Cubo la exposición del ruido no era superior a los 85 decibeles y si ben debía utilizar un radio, los niveles de este no eran superiores a los 45 decibeles, además que no se generaba ruido en este todo el tiempo sino solo cuando se requería comunicarse a través de los mismos y en todo caso existía un protocolo de uso de los mismos, acorde a los cuales cada dos horas era necesario cambiarlos de lado. Sumado a ello el Doctor *José Luis Zambrano* indicó que aun cuando la demandante ingreso con la patología de hipoacusia esta no le impedía desarrollar sus funciones como vigilante.

Lo hasta aquí explicitado, permite colegir que el extremo actor no solo no probó el perjuicio que alega le fue irrogado por la pasiva, sino que esta última logró probar que la patología sufrida por la demandante, no se originó con causa o con ocasión de la labor desarrollada en la empresa, pues antes de su ingreso ya presentaba la misma.



Es con fundamento en lo antes indicado que deviene lógico inferir la inexistencia de los presupuestos legales requeridos para que se declare la culpa patronal alegada, por lo que consecuentemente, no podría condenarse a la pasiva al reconocimiento y pago de los perjuicios anhelados por la parte actora.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

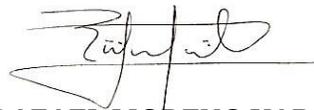
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 31 2019 00047 01
Demandante: NICOLE ALTMAN HEITMAN
Demandado: LÍDER PRODUCTOS PUBLICITARIOS SAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Nicole Altman Heitman*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Líder Productos Publicitarios S.A.S*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 6 de septiembre del 2010 al 1° de junio del 2018.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago de \$6.595.414 por concepto de comisiones por venta de recaudo, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, la indemnización por despido injusto, el cálculo actuarial por los aportes a seguridad social dejados de realizar, la sanción de que trata el artículo 1° de la ley 52 de 1975, la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, la indemnización por no consignación de las cesantías prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, \$14.714.995 por concepto de póliza de salud, 100 SMLMV por concepto de reparación a bienes convencional y constitucionalmente protegidos, al pago de la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que entre las parte se pactó la prestación personal del servicio a efectos que la demandante desempeñara el cargo de Ejecutiva



de Cuentas; la relación inició el 6 de septiembre del 2010 y para formalizar la contratación se utilizó un “*Contrato de Gestor Comercial*” y un “*Contrato de arrendamiento de vehículos*”; que recibió capacitación por parte de la encartada, recibiendo como contraprestación lo pactado en las cláusulas octava y décima del “*Contrato de Gestor Comercial*”, así como \$2.000.000 quincenales por el “*Contrato de arrendamiento de vehículos*”; que a partir de 2016 recibió la suma fija de \$4.000.000 pagaderos en dos quincenas y como remuneración variable el 2.5% de los clientes asignados por la empresa y 5% por los clientes obtenidos como Ejecutiva de Ventas.

Precisa que en las ocasiones en que el representante legal de la empresa tomaba vacaciones, quedaba a cargo de la empresa; que debía cumplir un horario de 8:00 a.m. a 6:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y excepcionalmente domingos y festivos.

Afirma que le fueron realizadas evaluaciones de desempeño y encuestas de satisfacción; se le obligaba pasar una cuenta de cobro y el 10 de mayo del 2018 el Gerente le manifestó su intención de dar por terminado de forma unilateral el contrato debido a los costos económicos para la empresa, por lo que el último día que laboró fue el 1° de junio del 2018.

Adicionalmente, afirma que la encartada omitió realizar los trámites pertinentes ante Migración Colombia, lo que le dificultó la estadía regular a la demandante y la oportunidad de buscar otras opciones laborales, por lo que Migración Colombia le inició una acción administrativa a la pasiva.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que los dos contratos existentes entre las partes fueron de índole comercial y civil, plenamente aceptado y no impugnado por la demandante durante los ocho (8) años de duración de la relación laboral, como dan cuenta las pruebas aportadas por la parte demandante.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia del vínculo laboral, inexistencia de perjuicio alguno a cargo de ninguna de las partes, contratante ni contratista derivada de la terminación del vínculo comercial y civil; pago total de los contratos de gestor comercial arrendamiento de vehículo por la parte demandada, mala fe de la demandante, buena fe de la parte demandada, la demandada excluye a la



sociedad demandada *Líder Productos Publicitarios SAS* como sujeto de obligaciones respecto de la demandante desde el mes de octubre de 2016 en adelante y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de junio de 2019, absolvió al extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, de lo confesado por la parte demandada se acreditó la prestación personal del servicio, sin embargo, logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del C.S.T, lo anterior teniendo en cuenta que existe contradicción en el dicho del testigo *Felipe Gómez Ordoñez*, en tanto afirma que la demandante solo salía de viaje en sus vacaciones en semana santa, cuando en el pasaporte se corrobora que el número de salidas era superior. Por otra parte, la testigo *Yohana Rodríguez* solo tiene conocimiento de lo sucedido en la empresa hasta el año 2011, a más que tan poco es concordante en lo que respecta a las salidas de la demandante.

Asimismo, indica que no existe prueba de que existieran órdenes, sino instrucciones propias de un contrato civil o comercial. Era tal su autonomía que ella misma decidió no afiliarse a Seguridad Social en Colombia, aduciendo no pretender pensionarse en el país, máxime que en las diversas comunicaciones con Migración Colombia siempre se adujó que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que indica que es dable fundamentar la decisión solamente en los documentos presentados por la mandante respecto del pasaporte, cuando es claro que manifestó que era ciudadana extranjera en varias oportunidades y la cédula de extranjería lo prueba; además, en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal, se aceptó la prestación de servicios mediante contrato de prestación de servicios a partir de septiembre del 2010, que fue contratada como Asesora Comercial, que estaba sometida a órdenes, que tenía un puesto de trabajo, le suministraron implementos de trabajo y tenía una asistente comercial, lo que también se prueba del dicho de la testigo *Alba Rodríguez* quien manifiesta que al ingresar la



demandante en septiembre del 2010 como ejecutiva de cuenta, se dio un recibimiento por parte de la empresa y que participó en capacitaciones, siendo su superior.

Asimismo, resalta lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte y solicita se tenga en cuenta lo expresado por cada uno de los testigos afirmando que es claro de su dicho que la demandante recibía órdenes, tenía un puesto de trabajo y ejercía funciones que no eran propias de una persona contratada mediante contrato de prestación de servicios, a más que se pactó con ella un salario fijo a través del contrato de arrendamiento de vehículo, todo lo cual acredita que realmente existió un vínculo laboral, siendo aplicable el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuesto en las sentencias SL 1610 del 2009, Radicación No. 63751 y SL 15568 del 2014, Radicación No. 43017, teniendo en cuenta que el contrato de agencia comercial, pretende disfrazar el contrato de trabajo, en tanto la actora no actuaba por conducto de una persona jurídica diferente de la accionada.

Por otra parte, que no se evidencia un actuar de buena fe, por lo que procede el pago de los intereses de cesantías doblados, pólizas de salud, cálculo actuarial de los aportes pensionales, y las demás condenas deprecadas por activa.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si en efecto existió un contrato laboral entre las partes y si en virtud del mismo le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas por la libelista.

c. Del Vínculo Laboral:



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

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

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

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar



horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Criterio, igualmente expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en tratándose de personas dedicadas a realizar labores propias de un Agente Comercial, al precisar en sentencia SL 10159 con Radicación No 46874, del 19 de julio del 2016:

“Al respecto, es preciso señalar que tal como lo ha sostenido esta Sala, esas condiciones contractuales -de rendir informes de mercado o sujetarse a unas precisas instrucciones y directrices-, son normales o esenciales en el desarrollo de un contrato de agencia comercial, pues ellas no comportan la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que constituyen el resultado del cumplimiento del objeto del vínculo jurídico que unió a las partes, pues con ellas se propende por la adecuada distribución de los productos y el conocimiento y análisis de las condiciones del mercado (CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 40121).

Aunado a lo anterior, tales exigencias encuentran respaldo en el contenido del art. 1321 del C. de Co., que establece:

“CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO Y RENDICIÓN DE INFORMES. El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio. (...)

“(...) Luego, no es posible inferir que la autonomía con la que actúa el agente comercial se desvirtúa por el hecho de que el empresario establezca reglas de mercadeo para la colocación de los bienes o servicios que comercializa, pues ello - en las condiciones que se verifican en el sub lite-, en realidad no son demostrativas del ejercicio del poder subordinante propio de las relaciones laborales”.



d. Del Caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si los servicios prestados por la señora *Nicole Altmann Heitman* para la demandada como Asesora Comercial, lo fueron en razón a un contrato de prestación de servicios o uno de carácter laboral.

Para el efecto, siguiendo los lineamientos trazados por el artículo 60 del CGP se procedió a realizar un análisis del acervo probatorio logrando evidenciar dentro de las pruebas documentales que la demandante es Costarricense (Fl 22) y contaba con una Visa de trabajo en Colombia (Fl 39), renovada en el año 2017 (Fl 54 y 56), en virtud de la cual prestó sus servicios para la empresa demandada en virtud de un Contrato como Gestor Comercial suscrito el 16 de octubre del 2016, a razón del cual se comprometió a vender los productos que se encuentren en la lista de precios suministrada por la encartada (Fls 42-47), actividad que desplegó hasta el 31 de mayo de 2018 (Fl 571-572).

También se constató que para el desarrollo de su gestión le fue asignado un carné (Fl 58) y cartas de presentación (Fl 61); debiendo presentar cuentas de cobro mensuales que le eran canceladas mediante transferencias bancarias, acorde a la gestión realizada pues el monto de las mismas era variable, el percibir comisiones acorde a lo que facturara (Fls 63-179 y 401 a 418), e igualmente pasaba cuentas de cobro mensuales por el alquiler de un vehículo (Fl 550), ingresando y saliendo de la compañía a diversas horas del día, según el reporte de folios 576 a 596.

Asimismo se corrobora mediante los correos electrónicos allegados y las conversaciones de WhatsApp aportadas, que la demandante tenía una relación de familiaridad con el gerente de la demandada y que a través de este medio coordinaba gran parte de su gestión comercial con la encartada, pues no solo recibía directrices sobre la facturación y otros temas relacionados con el monto de las comisiones, sino que le permitía mantener contacto con las diferentes áreas de la compañía para el desarrollo de su gestión comercial e incluso recibía invitaciones a reuniones para tratar diversos temas o capacitaciones, sin que se corrobore que la inasistencia a alguno de estos pudiere acarrear sanciones o amonestaciones a la demandante (Fls 180-391).



Además, existe evidencia de que la compañía le suministró a la demandante una línea telefónica (Fls 387-395) y un computador (Fl 398); que la demandante se afilió a la AFP PORVENIR hasta el 24 de agosto de 2018 (Fl 430) y pagaba una póliza de salud (Fls 433-439)

En lo que respecta a los interrogatorios de parte, se tiene que la demandada en su interrogatorio de parte acepta que la demandante prestó sus servicios para la compañía como Asesora Comercial, que tenía un puesto de trabajo y un asistente comercial dentro de la compañía y que tenía que atender metas u órdenes, pero aclara que la gestión fue realizada como freelance pues lo que debía hacer era visitar clientes y atenderlos.

A su turno, la demandante, confiesa que suscribió dos contratos con la demandada uno como Ejecutiva de Cuenta y otro por el alquiler de un vehículo, además que la demandada le otorgaba un sitio para realizar las negociaciones, y que las comisiones eran variables, solucionando su propio seguro privado.

De otra parte, fueron evacuados los testimonios de *Felipe Gómez Ordoñez*, quien refirió que laboró para la encartada de 2012 a 2015 y que tenía una relación sentimental con la demandante; *Alba Yohana Rodríguez* quien refiere que laboró para la pasiva como Asistente Comercial hasta el 2011; *Arístides Vega Araujo* quien aduce que laboró para la encartada entre 2005 y 2018; *Claudia Consuelo Chacón Díaz* trabajadora de la encartada por más de 20 años; *María Alejandra Posada Chacón* quien aduce haber laborado hasta el año 2016 y *Néstor Armando Parra* trabajador de la encartada. Ahora de los puntos en los cuales convergen los deponentes se logra corroborar sin lugar a dudas que la demandante realizaba una gestión comercial para la encargada, encaminada al manejo de los clientes que le fueron entregados, en virtud del cual ella debía atenderlos y gestionar ante la pasiva la elaboración de los productos encomendados, los cuales verificaba que fueran debidamente elaborados, actividad para la cual la pasiva le suministró un puesto de trabajo y un asistente dentro de la compañía, que no requería pedir permiso para tomar vacaciones, pero debía comunicar al Gerente de la compañía, que nunca fue sujeta de un proceso disciplinario y que realizaba las mismas labores que *Claudia Consuelo Chacón*.

Con todo, se corrobora una contradicción en el dicho de los mismos, en tanto los testigos *Felipe Gómez Ordoñez*, *Alba Yohana Rodríguez* y *Arístides Vega Araujo* sostienen que la demandante debía cumplir un horario en la oficina, que recibía



órdenes y según *Felipe Gómez Ordoñez* y *Alba Yohana Rodríguez*, la actora solo viajaba a Costa Rica en semana santa y año nuevo. Mientras los deponentes *Claudia Consuelo Chacón Díaz*, *María Alejandra Posada Chacón* y *Néstor Armando Parra*, fueron contestes en afirmar que en la empresa habían dos tipos de comerciales, bien sea vinculados mediante contrato de trabajo que debían cumplir horario, pedir permiso para tomar vacaciones, tenían un salario básico y debían cumplir con unos topes de ventas para recibir comisiones y otras mediante contrato de prestación de servicios como la demandante y *Claudia Chacón*, quienes no debían cumplir ningún horario y tampoco tenían un tope de ventas pues su pago mensual dependía de lo que vendieran; puntualizando *Claudia Chacón* que su gestión consistía en visitar clientes, asesorarlos, llevar los pedidos a la empresa para que ellos los fabricaran y verificar que los pedidos quedaran bien elaborados para no perder el cliente, recibiendo una comisión por cada venta, lo que le permitía a la demandante estar viajando a Costa Rica y Miami.

Así las cosas, teniendo en cuenta que los testigos *Felipe Gómez Ordoñez* y *Néstor Armando Parra Rodríguez*, fueron tachados por sospecha, justo resulta recordar que tal circunstancia no invalida su dicho, sino que obliga a operador judicial a analizar con mayor detenimiento su declaración en concordancia con los demás medios probatorios. Así en sentencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 3721 del 2019, Radicado No 69418, recordó:

“Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar” (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01),”

En claro lo precedente debe anunciar la Sala en lo tocante a los testigos *Felipe Gómez Ordoñez*, *Alba Yohana Rodríguez* y *Arístides Vega Araujo*, que los puntos de divergencia frente al dicho de los otros deponentes, fueron derruidos por el material probatorio arrimado al proceso, pues aunque estos refieren que la demandante cumplía un horario los registros de las entradas y salidas de la promotora a la empresa de folios 34 a 54, desvirtúan su afirmación y corrobora el dicho de los otros testigos, de igual manera se evidencia con las demás documentales, que la gestión realizada por la demandante no estaba sujeta a la subordinación propia de un contrato de trabajo y si bien existían



ciertas órdenes o instrucciones para la gestión comercial, eran propias de un contrato de prestación de servicios, pues estas siempre estribaron en parámetros frente a las ventas, facturación y las comisiones, como de hecho se extrae incluso de la declaración de *Felipe Gómez Ordoñez*, cuando refiere que las órdenes eran como qué tipo de productos vender y cuáles eran los clientes a los cuales debía dirigirse.

Aunado a lo anterior, le asiste la razón al *a-quo* al afirmar que no es cierto lo manifestado por los referidos testigos, en cuanto a que la demandante solo viajaba en semana santa o en año nuevo, pues su pasaporte (Fls. 646.753) da cuenta de viajes reiterados en distintas fechas a Costa Rica.

Asimismo, el punto que más llama la atención para la Sala es que todos los testigos fueron contestes en afirmar que la demandante realizaba las mismas labores de *Claudia Chacón* y de la declaración de esta última se puede corroborar de forma certera que la gestión comercial era autónoma e independiente, pues les permitía a las demandantes manejar libremente su tiempo y la actividad a ejecutar, sin que pueda llegar a derivarse la existencia de un vínculo laboral a razón de los beneficios otorgados a estas, como la concesión de la línea telefónica, el puesto de trabajo en la empresa o una asistente comercial, pues se evidencia que esta última les servía como puente para coordinar los pedidos efectuados a la compañía.

De cara a lo hasta aquí manifestado, salta de bulto que tal como lo afirmó el fallador en primera instancia la presunción legal contemplada en el artículo 24 del C.S.T fue derruida por la encartada mediante los testimonios rendidos por los señores *Claudia Consuelo Chacón Díaz, María Alejandra Posada Chacón y Armando Parra*, cuyas declaraciones concuerdan con los demás medios probatorios arrimados al proceso, como *in extenso* se explicó en líneas precedentes.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

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



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio del 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2019 00054 01
Demandante: JAIME MORENO ESPINOSA y ROGERIO RUÍZ CEPEDA
Demandado: GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ E.S. E.S.P.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 5 de agosto de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Los demandantes *Jaime Moreno Espinoza y Rogerio Ruíz Cepeda*, formularon demanda ordinaria Laboral en contra del *Grupo de Energía de Bogotá E.S. E.S.P.*, con la finalidad que se declare que son beneficiarios del incremento pensional consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de lo anterior, se le condene a la demandada al reconocimiento y pago del 8% de la mesada pensional de vejez, de carácter compartida, porcentaje que corresponde a la elevación en la cotización para salud que se les obligó cancelar como resultado de la aplicación del artículo 204 de la mentada Ley 100 de 1993, junto con la indexación e intereses moratorios.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Manifestaron ser pensionados por la demandada con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Para dicha época la empresa asumió el pago del 4% como aporte obligatorio de salud y para cumplir con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la demandada asumió el pago del 8% adicional para completar el 12% para cada demandante.

Que en vigencia de dicha ley, el antiguo *Instituto de los Seguros Sociales* les reconoció pensión de vejez, con carácter compartido con la reconocida por la empresa y actualmente se les descuenta el total del aporte equivalente al 12%, cuando la pasiva debe asumir el 8% como lo venía haciendo.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Aceptó que laboraron para dicha entidad, no obstante, los demandantes se pensionaron en los términos de la Convención Colectiva de Trabajo, cuando no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993; afirmó que el descuento del 4% se hace porque se trata de una pensión de jubilación a cargo de la empresa y no del antiguo *ISS*, hoy *Colpensiones*.

Igualmente señaló que no se puede dar aplicación del artículo 143 de la mencionada ley, toda vez que no se encontraba vigente para la época en que se les reconoció la pensión, aunado a lo anterior, la empresa ha venido cancelando el mayor valor entre la pensión convencional y la de vejez

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, pago y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de agosto de 2019, condenó a la demandada a pagar a favor de los demandantes, la diferencia del 8% por concepto del mayor valor de la cotización en salud que se les ha venido descontando de sus mesadas pensionales; además declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los reajustes pensionales causados con antelación al 3 de septiembre de 2015.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar resaltó que no fue objeto de discusión el hecho de la calidad que ostentan los demandantes, tanto así que dentro del plenario obra copia de los actos administrativos mediante los cuales la demandada reconoció las pensiones de jubilación, y posteriormente las resoluciones expedidas por el antiguo ISS mediante las cuales se les reconoció la pensión de vejez, quedando así a disposición de la demandada el pago de la diferencia a razón de la compartibilidad de las mesadas pensionales.

Estimó que era procedente el reajuste en los términos de que trata el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, toda vez que no obró prueba que advirtiera que la demandada incrementó las pensiones que ostentaban los demandantes desde 1994, sino que por el contrario, efectuó aportes a salud únicamente en la diferencia mientras tuvo a cargo a su cargo pago, y una vez entró a compartir esas pensiones con el ISS dejó de realizar dicho aporte.

No condenó al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar que en el presente asunto no existió una mora en el pago de las mesadas pensionales, sino frente a un incremento en el porcentaje que estableció la Ley 100 de 1993, pretensión que no goza de prosperidad según los postulados emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, imputando la respectiva indexación al pago de los reajustes pensionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandada presentó recurso de apelación. Expuso su inconformidad en el hecho que siempre se han acatado las obligaciones legales respecto de los aquí demandantes en su calidad de pensionados.

Que no es dable que los demandantes pretendan el pago del reajuste reglado en el inciso 1º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la norma, fue pagado en su totalidad el incremento del 8% o mayor valor de la cotización en salud, lo que de acuerdo con esa norma procede por una sola vez, sumado a que de conformidad con el artículo 204 de la obra ya referida, se estableció para los pensionados el pago total de las cotizaciones.

Por último, adujo que en razón a que se formuló la excepción de mérito denominada compensación, deberán tomarse como pago aquellos aportes en salud que se cancelaron en forma correcta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura definir si la empresa demandada, debe continuar asumiendo el pago del 8% equivalente a la diferencia en el pago de las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y como producto del mayor valor a su cargo luego



del reconocimiento a los actores de la pensión de vejez por parte del ISS, tal como lo solicita la parte actora en su recurso.

Así mismo, y en atención de la excepción de fondo denominada compensación, se analizará si existen pagados en legal forma algunos aportes en salud.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que la demandada le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor *Jaime Moreno Espinosa*, en cuantía inicial de \$256.287 a partir del 22 de abril de 1992 (Fls. 17 a 20), y mediante Resolución No. 043157 de 2007, el antiguo ISS le otorgó una pensión de vejez a partir de 1º de agosto de 2001 en cuantía inicial de \$833.596 (Fls. 21 a 23).

También al señor *Rogelio Ruíz Cepeda* en cuantía inicial de \$190.814 a partir del 11 de junio de 1992 (Fls. 34 a 38), y mediante Resolución No. 011601 de 1995, el antiguo ISS le reconoció una pensión de vejez a partir de 19 de octubre de 1994 en cuantía inicial de \$228.461 (Fl. 39).

El desacuerdo del *sub-examine* estriba en que a partir de la fecha en que operó la compartibilidad de las pensiones de los demandantes por virtud del reconocimiento que hizo el ISS hoy *Colpensiones* de sus respectivas pensiones de vejez, el mayor valor que le correspondería asumir a la empresa demandada no se encuentra conforme a la ley, pues al no haber efectuado el incremento previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, los pensionados demandantes han visto desmejorado el mayor valor imputable a la ex empleadora en un 8%, ya que antes lo venía asumiendo la empresa y ahora, por virtud de la compartibilidad, les corresponde asumirlo de su patrimonio.

El aparte pertinente del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en que se fundamentan los demandantes su demanda y recurso, reza:



“Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley (...)”

A su vez, el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, estatuyó:

“Reajuste pensional por incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieren causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993. En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rijan la cobertura familiar sin exceder del 12% (...)”.

El análisis de las disposiciones precedentes, indica que el querer del legislador fue que la obligación de reajustar las pensiones causadas con antelación a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, dado que su finalidad era la de compensar el desequilibrio económico que en virtud del incremento correspondiente a los aportes por salud sufrirían las personas que a 1° de abril de 1994 tenían consolidado su derecho pensional.

Bajo dicho entendimiento, la naturaleza jurídica del mencionado reajuste es compensatoria, como en reiteradas oportunidades lo ha indicado la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, por ende, no se trata de una revaloración en el ingreso real del pensionado. Dicha Corporación en sentencia SL2097-2020, Radicación No. 78796 del 24 de junio de 2020, señaló:

“Tal como lo recordó ésta Sala en sentencia CSJ SL1368-2020, el supuesto de hecho contenido en estas normas, es que se hubiese obtenido una pensión de jubilación, de vejez o de muerte, con anterioridad al 1° de enero de 1994 y el efecto jurídico se concreta en el derecho de éstos pensionados a que les sea reajustada la pensión, por quien se encuentra obligado a pagarla, de manera equivalente, esto es, correspondiendo a igual valor, al de la elevación o incremento de la cotización para



salud como lo dice textualmente el artículo 143 referido. Además, su sentido es compensatorio, con el propósito de obtener el equilibrio económico que se perdiera para los aludidos pensionados por el incremento de los aportes por salud; razón por la cual esta obligación de reajustar tiene lugar una sola vez (sentencia CSJ SL13273-2015).

“Por tanto, los pensionados antes del 1º de enero de 1994, indistintamente del origen de la prestación, tienen derecho a un reajuste en su mesada igual al aumento del aporte a salud, con el propósito de que sus pensiones no sufran un deterioro o disminución económica por cuenta de las cargas introducidas por la Ley 100 de 1993. Este mecanismo no persigue beneficiar el patrimonio del pensionado, en tanto tiene como destinatario final al sistema de salud y es directamente proporcional a la variación en la base de la cotización del aporte (sentencia CSJ SL1359-2018); sin embargo, ello no implica que el ajuste pueda hacerse de cualquier forma, pues lo procedente es incrementar la respectiva pensión por una sola vez, a partir del 1º de enero de 1994, a través del aumento del valor nominal de la mesada.

*“En ese orden, se advierte que la prestación de jubilación a cargo de la demandada es susceptible de ser incrementada en los términos dispuestos por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, pues la misma fue otorgada a la actora antes de la vigencia de esta ley, ya que se reconoció desde el 1 de enero de 1989. El modo de aplicar tal incremento es aumentando su valor en el mismo porcentaje en que se elevó la cotización en salud (8%), **sin que tal derecho pueda afectarse en razón a la compartibilidad pensional.***

“En efecto, la obligación surgida de lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, no desaparece con el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Esto, como quiera que el ajuste allí previsto opera sobre las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad por la sociedad demandada, mas no frente a la pensión de vejez otorgada por el ISS, luego del año 1994.

“Además, porque el efecto de la compartibilidad de estas pensiones, en los términos del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, consiste en que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, cubre la pensión reconocida bajo los parámetros del sistema, pero seguirá estando a cargo del empleador el mayor valor de la mesada que venía reconociendo, dentro del cual, sin duda, debe tenerse en cuenta el reajuste pretendido por la demandante, pues no existe fundamento alguno para desconocerlo, ya que es un derecho consolidado al 1 de abril de 1994, por cuanto la pensión fue adquirida con anterioridad a esta fecha. Así lo ha señalado esta Sala en decisiones CSJ SL5615-2018 y CSJ SL5027-2019. En esta última, se señaló:

“[...] como se advirtió líneas precedentes, el derecho reclamado se consolidó el 1º de enero de 1994, el que opera sobre las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad por la sociedad demandada, mas no frente a la pensión de vejez otorgada por el ISS, con posterioridad al año 1994; también, porque lo que traduce la compartibilidad de estas pensiones, en los términos del artículo 18 del Acuerdo 049 de



1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, consiste en que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, cubrirá la pensión reconocida bajo los parámetros del sistema, pero continuará a cargo del empleador el mayor valor de la mesada que venía reconociendo, y no hay razón para desagregar de esta última, el monto que se debió adicionar por razón del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, como lo pregona el ataque. (Subraya la Sala)

En el presente proceso se tiene que se acreditó por activa tener derecho al reconocimiento del incremento, al haber accedido a la pensión con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el cual, pese a haberse solucionado inicialmente, fue trasgredido con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez y los efectos de la compartibilidad aducidos por la accionada.

Ahora bien, se reitera que con dicho reajuste se compensa el desequilibrio económico causado por el incremento de los aportes en salud que sufrirían las personas que para abril de 1994 tenían consolidado su derecho pensional, reajuste que además produce efectos de manera indefinida, pues realizado el reajuste indicado hace parte integrante de la mesada pensional, de tal manera que los incrementos legales posteriores operan con el reconocimiento de dicha cifra, lo cual no obstante se desconoció al momento de operar la compartibilidad pensional pues la accionada descontó el porcentaje incrementado, el cual se determinaba como una diferencia a favor de los pensionados.

Esa es precisamente la omisión que se advierte en el plenario, pues la empresa consideró que cumplió con la obligación legal antes referida con el pago del 8% que ha realizado de manera directa al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo cual se evidencia según los documentos constitutivos de la respuesta ofrecida a los demandantes visible a folios 54 a 56 del expediente, situación que no satisface la obligación mencionada pues realmente no fue incrementada en el porcentaje señalado, máxime si se tiene en cuenta, que de las constancias de pago allegadas por la misma demandada 214 a 315, no dan fe de tal aspecto, lo cual además permite estimar que no es dable estimar acreditada la excepción de compensación.



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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de agosto de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

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

Ordinario Laboral 1100131050 13 201900236 01
Demandante: CARMEN DEL PILAR MAYORGA OSPINA
Demandado: COLPENSIONES y OTRAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Atendiendo al poder de allegado por *Protección S.A.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de la referida entidad al Dr. *Carlos Andrés Jiménez Labrador* identificado con C.C No 1.016.053.372 y T.P No 317.228 del C.S.J.

Así mismo, se procede a reconocer personería adjetiva para actuar a la profesional del derecho *María Helena Fierro García* identificada con C.C No 1.024.463.217 y T.P No 291.785 del C.S.J, en calidad de apoderada de *Colpensiones*.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por *Old Mutual S.A.*, así como la consulta en favor de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Carmen del Pilar Mayorga Ospina*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A., Old Mutual, Protección S.A* y *Colpensiones*, para que se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante el 30 de enero de 1996 y los realizados con posterioridad dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se traslade a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en las AFP; se ordene a *Colpensiones* realizar todas las gestiones pertinentes para anular el traslado y recibir sin solución de continuidad a la demandante; se condene en costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones narró en síntesis que, nació el 4 de enero de 1969, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 20 de junio de 1988 y se trasladó a *ING hoy Protección S.A* el 30 de enero de 1996; que posteriormente se trasladó a *Porvenir S.A* y luego a *Old Mutual*; última entidad que jamás le informó que podía trasladarse antes del 4 de enero del 2016; que el 16 de enero del 2019 solicitó a *Old Mutual* el traslado a *Colpensiones*, el 15 de enero de 2019 solicitó la nulidad del traslado a *Porvenir S.A* y el 16 de enero del 2019 a *Protección S.A* y el 17 de enero del 2019 a *Colpensiones*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.



Old Mutual S.A a su turno, en el libelo opositor se opone a las pretensiones aduciendo que no tuvo ninguna participación en el traslado de régimen inicial, pues este se realizó a *Porvenir S.A.*

Formuló como medios exceptivos lo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado de régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

Porvenir S.A se opone a las pretensiones aduciendo que la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue efectuada válidamente de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

De otra parte, *Protección S.A* se opuso a las pretensiones aduciendo que se encuentra frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Trece Laboral del circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a *Porvenir S.A* a partir del 30 de enero de 1996; en consecuencia, ordenó el traslado de todos los aportes realizados por la actora con sus respectivos rendimientos a *Colpensiones*, teniéndose como única afiliación válida la realizada *Colpensiones* y condenó en costas a *Porvenir S.A.*

Como sustento de su decisión, afirmó que de las probanzas allegadas no se colige que se le haya brindado a la demandante la información correspondiente a las ventajas y desventajas del traslado de régimen, ni que se haya superado el error cometido en la falta de cumplimiento de dicha obligación respecto de la afiliación primigenia.

Recuerda que la H. Corte Suprema de Justicia de manera reiterada se ha pronunciado frente al deber de información que le incumbe a la Administradora, indicando que les incumbe la carga de la prueba en lo que a este punto respecta. Asimismo, recuerda que la propia Corte Suprema de Justicia ha sido la encargada de precisar los efectos de la ineficacia del traslado e igualmente señaló que para ello no se requiere que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición.

Luego, aun cuando la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, debido a que no se acreditó el cumplimiento del deber de información que recae sobre las AFP decide declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Old Mutual S.A. en su escrito de apelación manifiesta que en el presente caso no se lograron acreditar los elementos fácticos y jurídicos que permitan entrever la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Por el contrario, se tiene certeza de que la afiliación cumplió con el lleno total de los requisitos legales y no se acreditó ningún vicio en el



consentimiento. Asimismo, debe tenerse en cuenta que las afiliaciones se surtieron de forma libre y voluntaria, como lo confesó la demandante en el interrogatorio de parte. Ahora, pese a que la demandante indica que las afiliaciones se dieron por sugerencia de la oficina de Recursos Humanos, no obra prueba de ello, de hecho, ella misma señaló que tras trasladarse a *Old Mutual S.A* si bien existieron cambios de empleador, permaneció afiliada a la AFP, por tanto, no queda duda de los traslados horizontales, con los cuales se ratifica su intención de mantenerse de forma libre y voluntaria en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Igualmente, aduce que a lo largo del proceso la pasiva ha obrado de buena fe y no puede ser condenada a la devolución de los gastos de administración, puesto que los mismos se efectuaron conforme las disposiciones legales que lo permiten, además porque los descuentos por administración, también se habrían generado en el régimen de prima media, además se desconoce que durante todo el tiempo de su afiliación la actora estuvo cobijada por los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:



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

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

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



el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y*



oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima



a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante del 30 de enero de 1996 a *Horizonte* (Fl 182), del 28 de febrero de 1997 a *Colpatria* (Fl 183), del 24 de abril del 2001 a *Santander* (Fl 243) y del 26 de agosto del 2010 a *Skandia* hoy *Old Mutual S.A* (Fl 155), los que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que las AFP hayan cumplido con el deber de información, requisito que no se convalida por el simple hecho de que la demandante haya manifestado que suscribió los formularios de forma libre y voluntaria ni por haber verificado traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses



como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente la excepción de prescripción estudiada en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”,* motivo por el cual, tal excepción resulta impróspera.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 13 2019 00295 01
Demandante: BETHY MARITZA VILLAMIL VILLAMIL
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Se aprecia que la profesional del derecho de *Colpensiones*, Doctora Johana Andrea Sandoval Hidalgo, sustituyó poder a la abogada *María Elena Fierro García*, identificada con C.C. 1.024.463.217 y T.P. 291785 del C.S.J.; circunstancia por la cual, se le reconocerá personería en los términos del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la demandada, en contra de la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Bethy Maritza Villamil Villamil*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* con la finalidad que se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de



compañera permanente, con ocasión al fallecimiento del causante señor *Adonay Segura Jiménez*, a partir de la fecha del deceso, junto con los intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que *Colpensiones* le reconoció y pagó pensión de vejez al causante Sr. *Adonay Segura Jiménez* (q.e.p.d.) mediante Resolución No. 023310 de 2011, quien falleció el 3 de octubre de 2017.

Enfaticó que convivió con el causante bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida, en el Municipio de Soacha Cundinamarca desde el 17 de noviembre de 2001.

Que fue beneficiaria en salud del causante a través de la Nueva EPS desde el 1º de noviembre de 2012, y mediante Escritura Pública No. 0032 del 9 de enero de 2013, protocolizaron ante la Notaría Segunda del Círculo de Soacha la unión marital de hecho, así como la sociedad patrimonial de hecho, en la que además se constató que convivieron desde el 17 de noviembre de 2001.

Expresó que la convivencia también se corrobora de declaraciones extra juicio obrantes en el plenario.

Expuso igualmente que *Colpensiones* mediante la Resolución SUB 64157 del 7 de marzo de 2018, negó la pensión de sobrevivientes, valorando solo la visita administrativa y el testimonio de los hermanos del causante, junto con los testigos que ellos mismos aportaron, continuado con la negativa del derecho en Resoluciones SUB 199359 del 26 de julio de 2018 y DIR 14001 del 1º de agosto de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, precisando que a la actora se le negó la pensión de sobrevivientes al no haber acreditado los requisitos esenciales de la norma para acceder a lo respectivo.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, y la denominada declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de agosto de 2019, condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la actora, en su condición de compañera permanente del causante Adonay Segura Jiménez (q.e.p.d.), a partir del 3 de octubre de 2017 en cuantía de un 100% del valor de la mesada pensional, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, imputados desde el 23 de marzo de 2019.

Para arribar a esa conclusión, en primer lugar, señaló que no fue objeto de discusión que al causante señor *Adonay Segura Jiménez* la entidad le reconoció una pensión a través de la Resolución No. 23310 de 2011, al igual que el señor Adonay falleció el 3 de octubre de 2017.

Que, atendiendo la fecha del deceso del causante, aplicó para el estudio de la prestación los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Luego concluyó que, de las pruebas arrimadas al plenario, en efecto se logró acreditar la convivencia de la aquí demandante con el causante por más de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, bajo el entendido que fue beneficiaria en



salud del fallecido, que suscribieron mediante Escritura Pública la existencia de su unión marital de hecho la cual iniciaron el 17 de noviembre de 2001, lo que a la luz del artículo 2º de la Ley 795 de 2005 es permitido, y de las declaraciones extra juicio de los señores *Guillermo Vásquez Guzmán* y *Helí Moreno González*, máxime si se tiene en cuenta que de dichas declaraciones no se solicitó su ratificación por la pasiva, y por ende, las tuvo en cuenta como documentos emanados de terceros.

Sobre el pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, decidió que eran procedentes en razón a que la demandada al negar el derecho de la actora en las diferentes resoluciones proferidas se basó en una investigación donde según constató, el causante nunca tuvo convivencia con la actora, sin que sus dichos se hayan probado dentro del proceso.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudiará bajo el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto las resultas de la sentencia de primer grado fueron adversas a *Colpensiones*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si a la aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, que en vida consignó el señor *Adonay Segura Jiménez*.

En caso afirmativo, se estudiarán en sede de consulta las condenas fulminadas y se determinará si procede la condena frente a los intereses de mora contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor *Adonay Segura Jiménez* (q.e.p.d), la entidad le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. 23310 de 2011, y que para la fecha del deceso su prestación era de \$1.465.531, pues a pesar de no obrar la mentada Resolución dentro del plenario, el Acto Administrativo SUB 64157 del 7 de marzo de 2018 emitido por *Colpensiones* así lo demuestra (Fls. 43 a 46), como tampoco el hecho que la aquí demandante pretende el derecho en calidad de compañera permanente del causante y que a la fecha del deceso del causante haya tenido 49 años, ya que nació el 23 de octubre de 1967 (Fl. 16).

Tampoco fue objeto de reproche que el señor *Adonay Segura Jiménez*, falleció el 3 de octubre de 2017, según lo acredita el Registro Civil de Defunción (Fl. 17), situación que a su vez conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula, que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre éstos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.



De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

Por lo anterior procede la Sala a analizar si la demandante es merecedora de la pensión deprecada.

Obra copia de la Escritura Pública No. 032 del 9 de enero de 2013, la cual advierte que la actora y el causante declararon su unión marital de hecho y la sociedad patrimonial de hecho, puntualizando que tuvo inicios a partir del 17 de noviembre de 2001, y que no tuvieron vínculo matrimonial o marital alguno entre sí o con otra persona, ni hijos, actuar que llevaron a cabo atendiendo los preceptos regulados en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, modificada por el artículo 2º de la Ley 979 de 2005.

Al respecto, el artículo 2º de la Ley 979 de 2005 establece que:

“Artículo 2º. El artículo 4º de la Ley 54 de 1990, quedará así:



Artículo 4º. *La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:*

- 1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.*
- 2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.*
- 3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia”.*

De ahí, que sea claro que el causante y la actora constituyeron legalmente unión marital de hecho desde el 17 de noviembre de 2001 y hasta la calenda en que se suscribió la referida escritura, esto es, el 9 de enero de 2013.

Además, obra dentro del plenario, certificación emitida por la Nueva EPS el 4 de abril de 2019, en la que se corrobora que la aquí demandante fue dependiente en salud del causante señor *Adonay Segura Jiménez*, con fecha de afiliación inicial del 1º de noviembre de 2017 hasta el 30 de octubre de 2017, así como la impresión de *ADRES* que corroboran lo ya enunciado (Fls. 18 y 21 a 23).

Al unísono, militan declaraciones extra juicio de *Guillermo Evelio Guzmán Vásquez* y *Helí González Moreno* (Fls. 36 a 40); el primero resaltó que conoció al causante por un espacio de diez años antes del fallecimiento, así como que convivió con la demandante desde el 17 de noviembre de 2001 hasta su deceso, compartiendo techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida.

Helí González Moreno de otra parte puntualizó, que el causante convivió con la aquí demandante señora *Bethy Maritza Villamil Villamil* desde hacía diez años anteriores a su fallecimiento, quienes compartieron techo, lecho y mesa.



De las anteriores probanzas, puede concluir esta colegiatura que en efecto la aquí demandante acreditó la convivencia en los cinco últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento del señor *Adonay Segura Jiménez*, pues de ello da fe la dependencia en salud que tuvo con el causante por intermedio de la Nueva EPS, desde el 1º de noviembre de 2012 hasta el 30 de octubre de 2017.

Ahora bien, como lo dispuso el *a-quo*, las declaraciones extra juicio gozan de plena validez, toda vez que, la demandada al no solicitar la ratificación de éstas, pueden atenderse como prueba certera en favor en favor de extremo accionante; así lo ha dejado sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 43422 del 6 de marzo de 2012:

“A juicio de la Sala, el razonamiento efectuado en la sentencia de 2 de marzo de 2007, radicación 27593, según el cual, las declaraciones extrajuicio recibidas para fines no judiciales, pueden tomarse “[...] como documentos declarativos provenientes de terceros, para cuya valoración, según el artículo 277 del C. P. C. (Mod. Art. 27, Ley 794/2003), no necesitan ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite.”, está acorde con la especial situación que se presenta en esta clase de procesos, porque equiparar el documento simplemente declarativo emanado de un tercero, que no es elaborado ni suscrito ante un Notario, con la declaración que ese mismo tercero realiza ante este funcionario público, que cuenta con el atributo de ser depositario de la fe pública, es perfectamente válido, en la medida en que, por lo menos, igual poder de convicción tienen estos dos medios de prueba, y no guardaría ninguna lógica, eximir de ratificación al primero, al paso que del segundo se exija el adelantamiento de tal formalidad dentro del proceso, siendo que, además, las declaraciones extrajuicio fueron rendidas bajo la gravedad del juramento.

Otro aspecto relevante, es que como se aprecia de las Resoluciones SUB 64157 del 7 de marzo de 2018, SUB 199359 del 26 de julio de 2018 y DIR 14001 del 1º de agosto de 2018 (Fls. 43 a 46, 48 a 50 y 52 a 54), la entidad desde un comienzo negó la prestación en el entendido que de la investigación administrativa que efectuaron de oficio en su momento, el causante y la actora nunca convivieron como pareja, pues el primero únicamente fue cliente habitual de la segunda del establecimiento de comercio que ostenta la actora, según información de los hermanos del causante y vecinos del sector,



sin que sus dichos se hayan acreditado, ya que ni siquiera en el expediente administrativo se demuestra tal situación, por lo que el derecho reconocido en primera instancia se confirmará.

En lo que respecta al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ordenados en primer grado, éstos serán confirmados, ya que la Sala puede concluir que, por lo expuesto en precedencia, la entidad no logró demostrar los supuestos por los que adujo la negativa del derecho.

Sobre este punto, es menester dejarse de presente que el fallador de primero grado erró en determinar la fecha de reconocimiento de esta condena, por cuanto, según se desprende de la Resolución SUB 64157 del 7 de marzo de 2018 (Fls. 43 a 46), la actora elevó su solicitud de sobrevivencia el 23 de noviembre de 2017, por lo que atendiendo el periodo de gracia de los cuatro meses con los que contaba la entidad, lo lógico era que este rubro fuese condenado para pago a partir del 23 de marzo de 2018, y no desde el 23 de marzo de 2019 como así se ordenó.

A pesar de ello, la fecha de imputación de los intereses se mantendrá incólume, toda vez que atendiendo que el proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, por lo que, de modificarse la fecha concedida, se estaría perjudicando a la administradora pensional, lo que conduce a que la sentencia de primera instancia se confirme en su integridad, máxime si la parte demandante no encontró objeción por este punto.

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

V. DECISIÓN



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 31 2019 00403 01
Demandante: CARLOS MOZO ACOSTA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones* se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Carlos Mozo Acosta*, pretende que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y de no prosperar dicha pretensión, se proceda con la respectiva indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Indicó que nació el 12 de agosto de 1950, por lo que cumplió con la edad mínima de pensión el mismo día y mes de 2010; que en virtud de ello, solicitó el 1º de marzo de 2011 el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, y la entidad, a través de la Resolución GNR 253393 del 12 de julio de 2014 otorgó su prestación a partir del 1º de julio de dicha anualidad, negando el reconocimiento del retroactivo pensional, que por ley, alude le correspondía desde el 12 de agosto de 2010.



Debido a la negativa, interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, por lo que la encartada mediante Resolución GNR 268785 del 12 de septiembre de 2016, si bien rechazó el recurso por extemporáneo, reconoció el retroactivo pensional solicitado desde el 12 de agosto de 2010, siendo pagado en el mes de septiembre de 2016.

Seguidamente expuso que, frente a la citada Resolución, interpuso recurso de reposición y apelación solicitando el pago de los intereses moratorios, pero la entidad negó lo de su cargo en Actos Administrativos GNR 333856 del 10 de noviembre de 2016 y VPB del 10 de enero de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó la demanda con oposición a las pretensiones. En primer lugar, aceptó todos los supuestos fácticos de la demanda.

En segundo lugar, enfatizó que la pensión reconocida al demandante se otorgó según disposición del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que sobre este tipo de prestación al pertenecer a un régimen especial no procede el pago por estos conceptos.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el día 21 de agosto de 2019, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar la indexación del retroactivo pensional que se reconociera en la Resolución GNR 268785 del 12 de septiembre de 2016, tomando como índice final el vigente al 1º de octubre de 2016, indexándose la mesada pensional mes a mes a partir del 30 de agosto de 2010.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que con relación a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades se ha referido al tema de que solamente proceden cuando la pensión es reconocida en aplicación de la Ley 100 de 1993, o del Acuerdo 049 de 1990 exclusivamente, y no en normatividad distinta del régimen de



transición, por lo que al habersele reconocido pensión al actor según disposición de la Ley 71 de 1988, esta concepción resulta impróspera.

Seguidamente adujo, que en lo que respecta a la pretensión subsidiaria de la indexación, al revisar las Resoluciones GNR 268785 del 12 de septiembre de 2016 y la GNR 253393 del 12 de julio de 2014, resultó claro que el actor solicitó el 1º de marzo de 2011 el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de vejez, y el retroactivo pensional solamente se otorgó a través de la ya referida Resolución GNR 268785 del 12 de septiembre de 2016, el cual se concedió a partir del 12 de agosto de 2010, pago que fue realizado en la nómina del mes de septiembre del año 2016, por lo que era procedente la indexación de estos valores, pues en atención a lo establecido en la jurisprudencia y la doctrina, cuando sobre la condena a pagar una suma determinada de dinero no se impone una sanción por su no pago oportuno, lo procedente es que se cancele de manera indexada.

Por tal razón, decidió indexar las sumas de dinero al 1º de octubre de 2016, indexando entonces las mesadas pensionales mes a mes, a partir de día 30 de agosto de 2010, bajo el argumento de que las sumas de dinero se van generando como corresponden a mesadas pensionales periódicamente.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., en tención a que la decisión de primera instancia fue adversa a *Colpensiones*.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Deberá establecerse si es procedente el reconocimiento pago de la indexación reconocida por la falladora de primer grado.



4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar que la Sala no abordará el tema de la absolución de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto este aspecto no fue refutado por ninguna de las partes, adicional a que al ser estudiado el proceso en el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S., no se puede hacer más gravosa la situación de la entidad, máxime si se tiene en cuenta, que como lo ha regulado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, como las sentencias SL2112-2020, Radicación No. 80600 del 2 de junio de 2020, SL987 de 2020, Radicación No. 79557 del 27 de mayo de 2020, SL1918-2020, Radicación No. 68854 del 27 de mayo de 2020; entre otras, la indexación es incompatible con los intereses moratorios.

Abordando el tema de la indexación, es evidente que *Colpensiones* mediante la Resolución GNR 253393 del 12 de julio de 2014 le reconoció a la aquí demandante pensión bajo los preceptos de la Ley 71 de 1988, prestación que le fue otorgada a partir del 1º de julio de 2014, en cuantía inicial de \$1.055.146 (Fls. 19 a 21).

Luego de que el actor presentara inconformidad de la fecha del reconocimiento, elevó solicitud que condujo a que la entidad, a través de la Resolución GNR 268785 del 12 de septiembre de 2016, le otorgara el retroactivo pensional a partir del 12 de agosto de 2010, el cual arrojó un valor de \$54.278.686 y que fue pagado con la nómina del mes de septiembre de 2016 (Fls. 22 a 26).

De allí, que el análisis efectuado por la *A-quo* se ajuste a derecho, en el sentido de indexar el retroactivo pensional tomando como índice final el vigente al 1º de octubre de 2016, e indexándose mes por mes desde el 30 de agosto de 2010, ya que la indexación lo que busca es que la moneda no pierda su poder adquisitivo. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1922-2020, Radicación No. 69833, del 17 de junio de 2020, señaló:

“De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha dejado sentado, que la indexación de las sumas de dinero se ha concebido como solución para enfrentar la condición inflacionaria de la economía nacional, que genera la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda con el pasar del tiempo (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39130); su propósito ha sido, entonces, actualizar la obligación, desde el momento en que se causa o reconoce el derecho, hasta cuando efectivamente se produzca el pago”.

Como corolario de lo anterior, ante la improcedencia de los intereses moratorios estimada en primera instancia, lo cual, se reitera, no fue objeto de alzada, se torna procedente el pago indexado del retroactivo, por lo que la sentencia de primer grado



habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera proferida el día 21 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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