



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 24-2018-00212-01

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE:       **MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN**  
DEMANDADO:       **COLPENSIONES**  
                          **AFP PORVENIR SA**  
                          **AFP COLFONDOS SA**  
                          **AFP OLD MUTUAL SA**  
ASUNTO            :   **APELACION PORVENIR SA Y COLPENSIONES // CONSULTA**  
                          **COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el desata el recurso de apelación prestando por la demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de octubre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 319 a 321), así como Colpensiones (folio 315 a 316) y Old Mutual SA (folios 308 a 313) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

#### **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) **MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR, AFP COLFONDOS SA y AFP OLD MUTUAL, debidamente sustentada como aparece a folios 102 a 104 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

#### **Declarativas:**

- La nulidad de afiliación en pensión efectuada al régimen de ahorro individual a nombre de la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN realizada y promovida por la AFP PORVENIR SA en el año 1994, por haber incurrido dicha AFP en violación al deber objetivo de información en detrimento de los intereses de la demandante.
- La nulidad de la afiliación a los demás fondos de pensiones a los que ha estado afiliada la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN, por haber incurrido estas AFP en violación al deber objetivo de información en detrimento de los intereses de la demandante.

- Que la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad.

#### **Condenatorias:**

- A Colfondos SA a autorizar la devolución de la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones y a devolver los aportes por ella cotizados a dicho fondo privado con su correspondiente rendimiento financiero y ponerlos a disposición de Colpensiones para que sea esta administradora quien realice el proceso de validación de las cotizaciones.
- A Colpensiones aceptar la devolución de la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN y recibirla nuevamente como su afiliada a fin de resolver su derecho pensional a la luz de lo dispuesto en el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 cuando corresponda según la Ley, esto es, a recibir los dineros correspondientes de la cuenta individual junto con sus rendimientos y demás montos a los que haya lugar.
- Se entienda, sin solución de continuidad, la afiliación de la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN al régimen de prima media con prestación definida y por lo tanto, se conserve su derecho a pensionarse de conformidad con los términos y condiciones del régimen de prima media con prestación definida.
- Costas procesales.

#### **Subsidiarias:**

- La ineficacia de la afiliación en pensión efectuada al régimen de ahorro individual a nombre de la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN realizada y promovida por la AFP PORVENIR en el año 1994, por haber incurrido dicha AFP en violación al deber objetivo de información en detrimento de los intereses de la demandante.
- La ineficacia de la afiliación a los demás fondos de pensiones a los que ha estado afiliada la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN, por haber incurrido estas AFPs en violación al deber objetivo de información en detrimento de los intereses de la demandante.
- Ordenar a Colfondos SA a autorizar la devolución de la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y a devolver los aportes por ella cotizados a dicho fondo privado con su correspondiente rendimiento financiero y ponerlos a disposición de Colpensiones para que sea esta administradora quien realice el proceso de validación de las cotizaciones.
- A Colpensiones aceptar la devolución de la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN y recibirla nuevamente como su afiliada a fin de resolver su derecho pensional a la luz de lo dispuesto en el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 cuando corresponda según la Ley, esto es, a recibir los dineros correspondientes de la cuenta individual junto con sus rendimientos y demás montos a los que haya lugar.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: AFP OLD MUTUAL SA (fls. 120 a 142), COLPENSIONES (fls. 164 a 181), AFP COLFONDOS SA (fls. 182 a 242) y AFP PORVENIR SA (fls. 247 a 263), de acuerdo al auto visible a folio 264 y 278. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

**EL JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de octubre de 2019, **Declaró** la ineficacia de la afiliación que hizo MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN a Colpatria hoy Porvenir SA, suscrita el 7 de julio de 1994. **Declaró** que para todos los efectos legales, MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Ordenó** a Colfondos SA trasladar a Colpensiones las cotizaciones de la señora MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN en el régimen de ahorro individual con solidaridad junto con todos los rendimientos que se hubiere causado, es decir, con lo que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual, sin deducir suma alguna por gastos de administración o asegurador. **Ordenó** a Colpensiones a reactivar la afiliación

de MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN y actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba este dinero de Colfondos SA. **Declaró no** probada la excepción de prescripción. Sin condena en costas en la instancia.

**Porvenir SA** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta en primer lugar que, la demandante conocía las ventajas propias del régimen de ahorro individual, y tenía conocimiento básico del régimen de prima media, y aun así optó por el régimen de ahorro individual como su mejor opción. Por otro lado, resalta que el régimen de prima media se basa en la solidaridad y conceder el traslado contribuye a la desfinanciación del sistema pensiona, máxime cuando el traslado de la actora solo desembocaría en el reconocimiento de una prestación dentro de un régimen que no ha cotizado. Por otro lado, solicita no se tenga en cuenta como indicio en contra de Porvenir la falta de documentación en la asesoría prestada a la demandante, pues el deber de información surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014, la cual no cuenta con efecto retroactivo, por lo tanto no se puede exigir a la administradora obligaciones que no tenía en su momento. En relación a los gastos de administración, que los mismos no son cobrados caprichosamente, pues tienen su sustento jurídico en la Ley 100 de 1993, por lo que al devolver los gastos de administración se causarían perjuicios a Porvenir, toda vez que dichos descuentos componen un amplio término como lo son los porcentajes incluidos en el pago del seguro previsional el cual está a su cargo.

Por su parte, **Colpensiones** apeló el fallo proferido en primera instancia, solicitando se absuelva a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que el Juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta el material probatorio, violando la norma sustancial contemplada en el Código de Procedimiento Laboral, recordando que Colpensiones ha actuado conforme los parámetros establecido en la Ley y la buena fe, y lo que se pretende es un desfinanciamiento en el sistema y poner en peligro las pensiones o el sostenimiento del mismo para poder continuar reconocimiento pensiones de todas las personas que han cotizado durante toda su vida laboral al sistema.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colpatria SA efectuado por el (la) señor (a) **MARIA CRISTINA LONDOÑO** el día 13 de julio de 1994; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Colfondos SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP Colpatria SA, el 13 de julio de 1994, con efectividad a partir del 1 de agosto de 1994, posteriormente, dada la cesión por fusión quedó afiliada la AFP Horizonte a partir del 29 de septiembre de 2000, luego, solicitó trasladarse a la AFP Old Mutual el 29 de octubre de 2001, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 2001. Finalmente, solicitó el 29 de noviembre de 2010 trasladarse a la AFP Colfondos, con efectividad a partir del 1 de enero de 2011 (fls. 235).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los



jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda AFP OLD MUTUAL SA (fls. 120 a 142), COLPENSIONES (fls. 164 a 181), AFP COLFONDOS SA (fls. 182 a 242) y AFP PORVENIR SA (fls. 247 a 263). Old Mutual aportó: formato de afiliación (2001), certificación, respuesta derecho de petición. Colpensiones aportó expediente administrativo e historia laboral. Colfondos aportó: formato de afiliación (2010), historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, reporte de oficina de bonos pensionales, certificación. Porvenir aportó: certificación, relación de aportes, historia de vinculaciones del SIAFP, formato de vinculación (1994), comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de julio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo Colfondos SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP Colpatria SA el 13 de julio de 1994, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

#### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

(Rad. 11001310502420180021201)



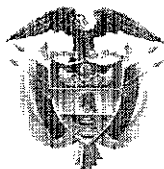
**LORENZO TORRES RUSSY**  
Salvamento de Voto

(Rad. 11001310502420180021201)



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

Admonición de voto.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 08-2016-00043-01**

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **ELECTRICARIBE SA**  
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**  
ASUNTO : **CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata Grado Jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia proferido por el Juzgado 08° Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la demandada (folios 153 a 157) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La entidad **ELECTRICARIBE SA** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3):

- 1) Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de ELECTRICARIBE SA ESP, el retroactivo de la pensión de vejez concedida al señor OSCAR DE AVILA JIMENEZ, por el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 2011 al 01 de septiembre de 2013, en cuantía de \$113.151.541.
- 2) Condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de ELECTRICARIBE SA los intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- 3) SUBSIDIARIA. Condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de ELECTRICARIBE SA ESP los valores correspondientes a la indexación de las sumas de dinero adeudadas.
- 4) Costas procesales.

**COLPENSIONES** contestó la demanda, visible a fls. 106 a 109 y 123, de acuerdo al auto a folio 125. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso las excepciones de mérito.

El **JUZGADO 08° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 06 de febrero de 2020. **CONDENÓ** a la demanda Colpensiones a pagar a favor de la demandante Electricaribe SA ESP la suma de \$127.627.746, por concepto de retroactivo pensional generado entre el 28 de octubre de 2011 al 31 de agosto de 2013, el cual fue dejado en suspenso por la demanda en las resoluciones VPB 8710 de 2014 y GNR 212707 de 2015 debidamente indexadas. **ABSOLVIÓ** a la demandada Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra. Sin condena en costas.

### CONSULTA

En atención a que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, la Sala avocará su conocimiento en el *Grado Jurisdiccional de Consulta*, con fundamento en las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Procedencia del reconocimiento del retroactivo pensional.

#### RETROACTIVO PENSIONAL:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia que la demandante **ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA** hoy **ELECTRICARIBE SA ESP** en conciliación celebrada el 31 de diciembre de 1998 le reconoció pensión voluntaria de jubilación a favor del Sr. OSCAR DE AVILA JIMENEZ a título conciliatorio a partir del 1 de enero de 1999, por haber prestado sus servicios desde el 16 de julio de 1974 al 31 de diciembre de 1998, fecha en la cual el contrato terminó por mutuo acuerdo y consentimiento, resaltando que la pensión sería temporal hasta tanto el Sr. OSCAR DE AVILA JIMENEZ cumpliera 60 años de edad, y que ELECTRICARIBE SA ESP al momento del reconocimiento de la pensión de vejez reconocería únicamente el mayor valor, si lo hubiere, en ninguna habrá 2 pensiones simultáneas (fls. 13 y 14).

Igualmente, mediante Resolución No. **GNR 196701 del 31 de julio de 2013** la ADMINISTRADORA COLOMBIANA – COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez al señor OSCAR DE AVILA JIMENEZ a partir del 1 de agosto de 2013 (fls. 45 y 48).



Por otro lado, se encuentra igualmente acreditado dentro del plenario que la pensión voluntaria reconocida al Sr. DE AVILA JIMENEZ le fue pagada por parte de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P durante el tiempo que se encuentra en discusión el retroactivo de la pensión de vejez reconocido por COLPENSIONES, esto es, entre 28 de octubre de 2011 al 01 de septiembre de 2013 conforme se advierte de los desprendibles de pago que obran en los folios 16 a 44 del expediente y certificación visible a folios 12 del plenario.

### **COMPARTIBILIDAD PENSIÓN VOLUNTARIA Y LA DE VEJEZ:**

Sea del caso traer a colación la sentencia del 29 de marzo de 2005 radicada bajo el No 23507 en que la máxima Corporación Laboral precisó que la **compartibilidad** de las pensiones, nace una vez se comienza a pagar la prestación pensional por la entidad administradora pensional (antes el ISS hoy COLPENSIONES), por lo tanto se comparten el valor de la pensión de vejez con la de jubilación que pagaba el empleador y las mesadas adicionales, siendo el último el responsable del pago del mayor valor si lo hubiere.

Pues bien, no cabe duda que la pensión que otorgó ELECTRICARIBE SA ESP a su ex trabajador DE AVILA JIMENEZ en audiencia de conciliación llevada a cabo el día 31 de diciembre de 1998 es de naturaleza voluntaria, como allí se indicó, precisando que sería de carácter temporal a partir del 1 de enero de 1999 hasta que el trabajador cumpliera 60 años de edad, fecha en la cual el ISS hoy COLPENSIONES le reconocería la pensión de vejez, precisando textualmente que:

*“La Empresa pagará exclusivamente la pensión hasta el momento en que cumpla los 60 años de edad pues es incompatible con cualquier pensión de vejez o de sobrevivientes. Queda expresamente entendido y acordado que en el momento en que el ISS reconozca la pensión de vejez o de sobrevivientes solo quedará a cargo de la Empresa el mayor valor si lo hubiere, entre la pensión que venía reconociendo y la que reconozca el ISS. En ningún caso habrá dos pensiones simultáneas y por lo tanto, a los 60 años, o en caso de muerte la empresa se sustituye en el ISS.”*

Frente al tema, la compartibilidad de las pensiones fue establecida por el Decreto 2879 de 1985 que entró en vigencia el 17 de octubre del mismo año. Si bien esta normativa fue derogada por el Decreto 758 de 1990, esta nueva disposición precisó que el fenómeno de la compartibilidad podría afectar únicamente a las pensiones extralegales reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985.

Debe recordarse que conforme a la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, las pensiones que en un principio era posible compartir son las de estirpe legal, y que solamente a partir del 17 de octubre de 1985 con la expedición del citado Acuerdo 029, fue que se dio cabida a la compartibilidad de las pensiones, momento en el cual les fue permitido a los empleadores inscritos al ISS que hubieren concedido a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación extralegales, convencionales o voluntarias, que continuaran cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando éstos

cumplieran los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS para la prestación de vejez, **quedando a cargo del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere**, entre ambas pensiones, lo que se reiteró en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; pues como puede verse, en el asunto, la pensión reconocida por la empresa demandante tuvo naturaleza voluntaria, tal y como quedo establecido en el acta de conciliación, y por ello, no cabe duda de su carácter de compatible por haber sido reconocida con posterioridad al año 1985.

De manera tal que es procedente la compatibilidad pensional entre estas dos prestaciones y como consecuencia de ello, la parte demandante está obligada a pagar solo el mayor valor que se obtenga entre la pensión voluntaria que se está reconociendo y la pensión de vejez que reconoció el extinto ISS hoy COLPENSIONES, con los respectivos aumentos legales y mesadas adicionales.

Respecto a lo que atañe a la legitimidad que tiene el empleador que ha continuado pagando en su integridad la pensión extralegal aun cuando ya ha operado la compatibilidad, para reclamar el pago del respectivo retroactivo a la administradora de pensiones que reconoce la pensión legal de vejez, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4962 del 20 de abril de 2015 radicado 45076 dispuso:

(...)

*La censura considera que el retroactivo pensional lo pagó la demandada, al empleador jubilante, el cual es un tercero, sin que exista disposición alguna que lo faculte para tal fin y que, además, la compatibilidad pensional no autoriza al ISS a disponer libremente de los dineros del trabajador; frente a lo cual se aclara que no se puede confundir el retroactivo pensional, con la pensión misma, puesto que una vez definida la compatibilidad pensional, el valor de las mesadas pensionales cubiertas temporalmente por la empleadora, mientras el ISS asumió la pensión de vejez, no le corresponden al demandante, así lo definió la Sala en la sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27311 y reiterada en la del 21 de noviembre de 2007, radicación 31891.*

Aclarado lo anterior, procede ésta Sala a determinar la fecha de disfrute de la pensión reconocida al Sr. OSCAR DE AVILA JIMENEZ, teniendo en cuenta que COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2013 por no encontrar acreditado el retiro del sistema.

En ese orden, vale la pena precisar que el Sr. OSCAR DE AVILA causó su derecho pensional el **28 de octubre de 2011** teniendo en cuenta que para esa fecha cumplió 60 años de edad, toda vez que nació el 28 de octubre de 1951 (fl. 11) y cotizó un total de 2.073 semanas comprendidas entre el 30 de julio de 1971 al 29 de febrero de 2008 (fl. 45).

Ahora bien, el artículo 13 de Decreto 758 de 1990, establece que la pensión se reconocerá reunidos los requisitos mínimos, pero será necesaria la desafiliación del régimen para entrar a disfrutar de la misma, y que para la liquidación de la pensión debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada.

Este requisito aparece nuevamente en el art. 35 del mismo compendio normativo, en los siguientes términos:

*(...) Artículo 35. **FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ.** Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión (...).*"

De las citadas disposiciones normativas se desprende que la pensión se hace efectiva una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que cuando en un proceso **no** obre prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional. (Sentencia SL8497-2014 rememora lo expuesto en igual sentido en las sentencias CSJ SL, 1º feb. 2011, Rad. 38776, y del 20 de octubre de 2009 Radicado 35605).

Así pues, ésta Sala concluye que aun cuando no exista prueba que acredite la novedad de retiro del sistema general de seguridad social en pensiones, lo cierto es que dicha situación se puede colegir con la voluntad del actor de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez desde el 18 de marzo de 2013, posterior al cumplimiento de la edad y semanas exigidas por la Ley, solicitud que fue resuelta mediante resolución No. GNR 196701 del 31 de julio de 2013.

Ahora bien, al observar la Resolución **GNR No. 196701 del 31 de julio de 2013** visible a folios 45 y siguientes del plenario, se tiene que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconoce que a pesar de que la fecha de status de pensionado del señor OSCAR DE AVILA JIMENEZ data del 28 de octubre de 2011, esto es, fecha en que arribó 60 años de edad, lo cierto es que señala como fecha de efectividad de la prestación el 1 de agosto de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el Sr. OSCAR DE AVILA JIMENEZ tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del **28 de octubre de 2011**, fecha en que causó el derecho pensional.

Así pues, teniendo en cuenta que la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES para el año 2013 asciende a la suma de \$5.005.000, al realizar las operaciones aritméticas, con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de esta sentencia, se tiene que al deflactar la mesada para el año 2011 asciende a la suma de **\$4.710.300,2**, teniendo igualmente acreditado que la actora pagó al SR. OSCAR DE AVILA JIMENEZ la totalidad de la mesada pensional desde el 28 de octubre de 2011 al 31 de agosto de 2013, como quiera que de conformidad con la certificación de pagos efectuados por Electricaribe SA ESP, comenzó a pagar el mayor valor hasta el mes de

septiembre de 2013, pese haber sido reconocida la prestación a partir del 1 de agosto de 2013.

En consecuencia, por estar conociéndose en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de ELECTRICARIBE SA ESP la suma de **\$117.685.528,6** por concepto de mesadas pensionales causadas a favor del señor OSCAR DE AVILA JIMENEZ desde el 28 de octubre de 2011 al 31 de agosto de 2013, como quiera que la misma demandada reconoció que el status pensional del señor DE AVILA JIMENEZ procedía a partir del 28 de octubre de 2011 y fue la demandante quien asumió el pago total de dichas mesadas pensionales.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

Finalmente, con relación a la excepción de prescripción se advierte que la pensión de vejez por parte de Colpensiones fue reconocida al Sr. OSCAR DE AVILA JIMENEZ mediante acto administrativo proferido el **31 de julio de 2013** (Fls. 45 a 48), que la reclamación administrativa fue presentada ante la entidad demandada el **14 de diciembre de 2015** (fl. 54); finalmente y radicó la presente demanda el día **09 de marzo de 2016**, tal y como consta en el acta de reparto visible a folio 99, sin que por tanto haya operado el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS.

#### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de ELECTRICARIBE SA ESP la suma de **\$117.685.528,6** por concepto de mesadas



pensionales causadas a favor del señor OSCAR DE AVILA JIMENEZ desde el 28 de octubre de 2011 al 31 de agosto de 2013

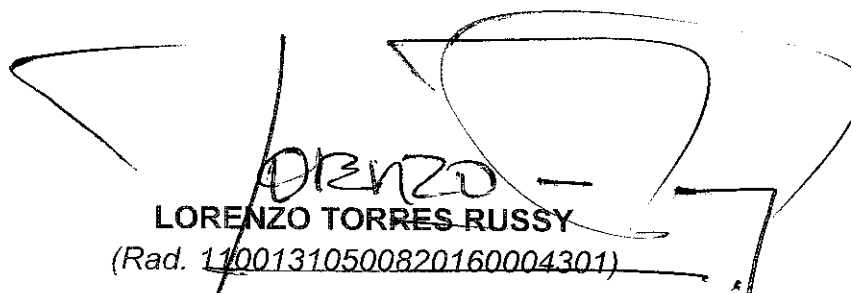
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente  
(Rad. 11001310500820160004301)



**LORENZO TORRES RUSSY**  
(Rad. 11001310500820160004301)



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310500820160004301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 36-2018-00598-01**

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTE: MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA COLPENSIONES Y**  
**PORVENIR SA // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de Colpensiones (folio 139 a 141) y Porvenir SA (folios 14133 a 1356 a 147) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 22 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad de la vinculación de la señora MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional administrado por la AFP Porvenir SA.
- Declarar que la AFP Porvenir SA debe ordenar el traslado de la señora MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
- Declarar que la AFP Porvenir SA debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la señora MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ.
- Declarar que la AFP Porvenir SA debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la señora MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ.

- Declarar que Colpensiones debe aceptar la vinculación de la señora MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ en el régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- Declarar que Colpensiones como consecuencia de la nulidad debe aceptar a la señora MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido unos traslados de régimen pensional.
- Declarar que la AFP Porvenir SA, debe reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la señora MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 40 a 59) y PORVENIR SA (fls. 70 a 107), de acuerdo al auto visible a folio 112. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

#### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 21 de febrero de 2020, **Declaró la ineficacia** del traslado efectuado por la señora MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ el 1° de septiembre de 1995, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. **Condenó** a Porvenir SA a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. **Declaró no probada** la excepción de prescripción. **Absolvió** a Porvenir SA de las demás pretensiones incoadas en su contra. Costas a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

#### RECURSO DE APELACION

**Colpensiones** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que si bien la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia del traslado de diferentes personas, lo cierto es que la misma Corte ha adoctrinado en sentencia como la SL 1452 de 2019, que cada caso en concreto debe estudiarse de forma particular, y con esto, solicita se estudie la particularidad del presente caso, pues el caso bajo examen no resulta ser análogo con el estudiado por la Corte Suprema, pues téngase en cuenta que para el caso de la Señora María Claudia herrera, tenía 31 años de edad para el 1° de abril de 1994, y tampoco acreditaba 15 años de servicio, es más, cuando se traslado tenía aproximadamente 218 semanas cotizadas, por el contrario, le es aplicable la prohibición en la cual se encuentra inmersa de no poder trasladarse de régimen pues le faltaban menos de 10 años para alcanzar el estatus pensional. Ahora, de conformidad con las pruebas aportadas al plenario, se acredita que se encuentran válidamente afiliadas al régimen de ahorro individual, pues suscribieron de manera voluntaria y consciente y sin presiones el formulario de afiliación con la AFP Porvenir SA, argumentando que se ratificó con el interrogatorio rendido en esta diligencia, precisando que la demandante conocía características del RAIS, esto es, que se podía pensionar anticipadamente, o que recibía asesoría de los promotores de dicha AFP, sin perder de vista que la demandante nunca se acercó a las oficinas de la AFP para pedir asesoría, acerca de su futuro pensional. Así mismo, debe tenerse en cuenta que de las pruebas aportadas no se acreditan el vicio del consentimiento alegado, pues del interrogatorio de parte es fácil determinar que el motivo por el cual quieren regresar al régimen de prima media es por la disminución de la mesada

pensional, por lo que al existir algún tipo de error, sería un error de derecho, pues versa sobre las características de los regímenes pensionales, los cuales están establecidos en la normatividad vigente, no estamos frente a un error de hecho, trayendo a colación el artículo 509 del Código Civil, precisando que el error de derecho no vicia el consentimiento.

**Porvenir SA** apeló la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que la demandante registraba al momento del traslado 208,57 semanas cotizadas y 32 años de edad, es decir, que aún le faltaban mínimo 25 años para alcanzar los requisitos en el régimen de prima media y 1091,41 semanas de cotización para pensionarse por vejez en el mismo régimen, teniendo en cuenta que a partir del año 2014 se aumentan en 2 años de edad para acceder a la pensión, de conformidad con el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Por otro lado, ha de resaltar que no era beneficiaria del régimen de transición, pues al 1° de abril de 1994, la demandante no contaba con la edad ni con las cotizaciones mínimas requerida de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias SU 062 de 2018 y 130 de 2013, pues a dicha data contaba con 31 años de edad y 169,43 semanas cotizadas, equivalentes a 3.25 años de cotizaciones. Ahora, la AFP demandada no ha negado que tiene la obligación y responsabilidad de suministrar la información a los eventuales y potenciales afiliados, sin embargo, la información suministrada para el caso que nos ocupa era la permitida y autorizada, no solo por las entidades de vigilancia y control, sino de acuerdo a la normatividad legal, por lo que debe verificarse la situación particular para el año 1995, de cómo fue el tipo de información brindada y bajo qué circunstancias se dieron para determinar si se le dio o si tomó un consentimiento, de acuerdo a la información clara y específica por parte de la AFP. Por otro lado, no se debe desconocer que la demandante estuvo afiliada por 24 años al RAIS y Porvenir fue una administradora responsable que administró en debida forma los recursos de la actora. Así mismo, no se tuvo en cuenta la comunicación masiva del 28 de mayo de 2009 con radicado No. 0 2000 1065 54 8500 dirigida a sus afiliados, correspondiéndole a la demandante el consecutivo 1231 donde se le informó que en cumplimiento de la Ley 797 de 2003, tenía derecho al retractor y devolverse al RPM, así le faltaran menos de 10 años para adquirir el estatus pensional, por lo que se le invitó a la actora a recibir asesoría a través de los canales de servicio que tiene dispuestos Porvenir para sus afiliados, con la finalidad de tomar la decisión de pensionarse en el régimen que considerara más conveniente, no obstante la demandante jamás acudió a recibir dicha asesoría, tal y como consta a folios 41 a 43, que fue elemento probatorio que no fue tenido en cuenta por el Juzgado. Así mismo, en lo que tiene que ver con los gastos de administración fueron descontados durante la vigencia de la afiliación de la demandante a Porvenir SA, en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y efectivamente se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa por parte de dicha entidad, por cuanto estaría recibiendo una comisión de administración de un producto que jamás administró. Finalmente, en lo que atañe con la inversión de la carga de la prueba, soportada en la Ley 1328 de 2009, no resiste análisis ponderado y serio, pues en principio incumbe a la demandante acreditar su dicho, y en caso de la carga dinámica corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal, que en el caso que nos ocupa es ausente, por inexistente de la actividad procesal impone a las partes deberes relacionados a acreditación de la veracidad de los hechos en que sustenta sus pretensiones, esto sin dejar de lado que el Juzgador no puede suplir la negligencia de quien teniendo la carga probatoria, no lo hizo en su demanda, lo que hizo fue activar la jurisdicción sin sustento alguno.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**



El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) MARIA CLAUDIA HERRERA SANCHEZ el día 22 de agosto de 1995; 2.-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 22 de agosto de 1995, con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1995 (fl. 1 y 2 Expediente Administrativo visto a folio 104 del plenario).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de

abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 40 a 59) y PORVENIR SA (fls. 70 a 107). Colpensiones: aportó el expediente administrativo. Porvenir SA aportó: comunicados de prensa y expediente administrativo que contiene: historia de vinculaciones del SIAFP formato de vinculación (1995), relación historia movimientos Porvenir SA, relación de aportes a Porvenir SA, sábana de bono pensional, respuesta a derecho de petición, derecho de petición, copia de cédula de ciudadanía de la demandante.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de agosto de 1995, , fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media,

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por tanto las inconformidades de las apelantes Colpensiones y Porvenir, no tienen ningún fundamento factico o legal que permita revocar la decisión de instancia, pues como se dijo no aportaron ninguna prueba que demuestre la suficiente información brindada para el momento del traslado.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 22 de agosto de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

**EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

**COSTAS:** Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

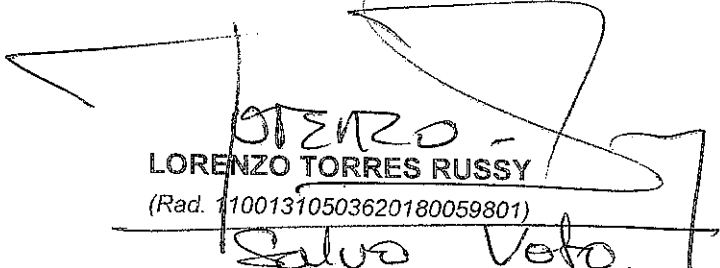
**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado 36º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

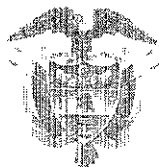
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente  
(Rad. 11001310503620180059801)

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
(Rad. 11001310503620180059801)

Salvo Voto.

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310503620180059801)



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 32-2019-00171-01

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: EVELYN SALES CARDONA  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP OLD MUTUAL SA  
ASUNTO: PARTE DEMANDADA OLD MUTUAL SA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Old Mutual SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 152), así como Colpensiones (folio 155 a 160 y Old Mutual SA (folios 172 a 177) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

#### ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **EVELYN SALES CARDONA** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP OLD MUTUAL SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 y 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar nulo, revocar o cesen los efectos jurídicos, del traslado de la señora EVELYN SALES CARDONA al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones.
- Ordenar su regreso, como afiliada, a la AFP Old Mutual SA antes Skandia.
- Que consecuentemente, se traslade a su cuenta de ahorro individual las cotizaciones pagadas a Old Mutual, hoy erróneamente en poder de Colpensiones, correspondiente a los ciclos 07 a 12 de 2016 y 01 a 12 de 2017.
- Que por ser nulo e ineficaz el traslado de la señora EVELYN SALES CARDONA a Colpensiones, se declare que inmediatamente se surta el traslado pretendido, podrá trasladarse a otra administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin tener que esperar el término de 5 años previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, porque como será demorado, Old Mutual SA no veló por sus intereses como era su obligación legal, poniendo el reconocimiento de la pensión de vejez, o en su defecto, la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual, lo cual motiva una razonable y fundada desconfianza de su parte, respecto del reconocimiento de los derechos que le puedan corresponder como afiliada al régimen de ahorro individual



con solidaridad y a la gestión del trámite y eventual reconocimiento del bono pensional a que tiene derecho, que debe hacer esa administradora ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 68 a 92) y OLD MUTUAL SA (fls. 93 – 111 y 113 - 133), de acuerdo al auto visible a folio 112 y 135. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de octubre de 2019, **Declaró probada** la excepción de validez de la afiliación del régimen de ahorro individual formulada por Colpensiones y **no probadas** las demás excepciones. **Declaró** que la demandante **EVELYN SALES CARDONA** se encuentra válidamente afiliada a Old Mutual SA administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 23 de abril de 2007. **Condenó** a Colpensiones a trasladar con destino a Old Mutual SA los aportes que haya recibido por concepto de cotizaciones al sistema general de pensiones. Costas a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las demandadas.

**Old Mutual SA** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que no se puede tener como válida la afiliación al régimen de ahorro individual de la demandante, toda vez que al momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación a Old mutual hoy Skandia, se encontraba inmersa en la prohibición legal estipulada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la demandante no cumplía ni con el tiempo de permanencia mínima en el régimen de prima media, esto es, 5 años para poderse trasladar al régimen de ahorro individual, así como también, estaba dentro de los 10 años para acceder al beneficio pensional, por lo que no puede perderse de vista que pese al diligenciamiento del formulario de afiliación, la demandante no cumplía con los requisitos para poder trasladarse, por lo que no puede entenderse válidamente afiliada al régimen de ahorro individual. De otro lado, es del caso resaltar que la demandante nunca realizó aportes al régimen de ahorro individual, pues todos sus aportes obran en la historia laboral del Colpensiones, y se realizaron a dicha entidad, por lo tanto no puede darse validez a la afiliación realizada por la actora en el año 2007, de conformidad con el Decreto 3995 de 2008. Así mismo, ha de resaltar que en la demanda no se habla de un vicio en el consentimiento, por lo que no se entiende porque se declara la nulidad de la afiliación al régimen de prima media, esto es, a Colpensiones, pues no se hace mención a error, fuerza o dolo, algo que pueda desprenderse de un vicio del consentimiento o una omisión de información por parte de Colpensiones para dejar dicha vinculación nula o ineficaz frente al sistema general de pensiones, por el contrario, es cierto, como se puede evidenciar, que en el sistema SIAFP, quien realiza los cruces y las validaciones de las afiliaciones, en donde no se refleja que se haya reportado ni Old Mutual ni Colpensiones del supuesto traslado de la demandante, pues el mismo no nació a la vida jurídica toda vez que se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal, aunado al hecho que no tenía el mínimo de permanencia en el régimen de prima media, sin que pueda dársele validez a la afiliación en el régimen de ahorro individual. Finalmente, solicita se condene en costas a la parte demandante, toda vez que no puede pretender dejar sin validez la afiliación al régimen de prima media, buscando un beneficio en la prestación accesoria, en la que la actora tendría derecho, esto es, a la devolución de saldos en el RAIS.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí debe tenerse como válida la afiliación efectuada por la demandante al régimen de ahorro individual administrado por Skandia hoy Old Mutual SA.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación

definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP OLD MUTUAL SA, el 23 de abril de 2007 (fl. 12), la cual fue aprobada mediante comunicación del 4 de junio de 2007, a través de la cual, Skandia hoy Old Mutual SA le informa la señora EVELYN SALES CARDONA que el traslado fue aprobado por parte del entonces ISS, por lo cual le indicó que desde ése momento, sus aportes pensionales se verían reflejados en su cuenta de ahorro individual. Le indicó además que el traslado se haría efectivo a partir del mes de junio de ésa anualidad, por lo tanto su empleador debería pagar su primer aporte a dicho fondo a partir del mes de julio de 2007 (fl. 13).

No obstante lo anterior, de conformidad con los hechos planteados en el líbello introductorio, indica la parte demandante que, a partir de la aprobación del traslado de régimen al de ahorro individual, la actora no efectuó cotizaciones al RAIS, por lo que quedó con el status de "Afiliada no cotizante del RAIS", sin embargo, a partir del ciclo julio de 2016, la señora EVELYN SALES CARDONA comenzó a realizar aportes a pensión con destino a la AFP Old Mutual SA como independiente a través de la planilla "MiPlanilla.com", empero, dichos aportes fueron trasladados a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los cuales se reflejan en la historia laboral actualizada a 15 de mayo de 2019 con la observación "Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo" (fls. 84 a 92).

Ante tal situación, la demandante, presentó derecho de petición, el cual fue contestado por la AFP Old Mutual SA en documental con fecha del 31 de julio de 2018 indicando que, si bien la señora EVELYN SALES CARDONA había suscrito formulario de afiliación el 23 de abril de 2007, lo cierto es que el referido traslado no generó efectos, esto es, no fue válida la solicitud de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por cuanto la demandante estaba inmersa en la prohibición que establece el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues contaba con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dado que para el año 2007 se exigía 55 años para mujeres (fl. 128).

Como sustento de lo anterior, se tiene que la demandante estuvo afiliada al Instituto De Seguros Sociales hoy Colpensiones, conforme se observa en la historia laboral que obra a folios 84 a 92 del expediente, actualizada al 15 de mayo de 2019, en la que se acredita que la actora se afilió inicialmente al régimen de prima media administrador por el entonces ISS el 21 de enero de 1985, efectuando cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2005 bajo el empleador LEASING BOLIVAR SA. Posteriormente, se observa que la demandante efectuó cotizaciones como trabajadora independiente desde el 1º de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2017, con la observación en el detallado del reporte de historia laboral "Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo".

Así mismo, se tiene que la demandante, conforme a folio 12 del plenario, al igual que a folio 129 del mismo, reposa formulario de afiliación al régimen de ahorro individual administrador por Skandia hoy Old Mutual SA, que data del 23 de abril de 2007, tal y como lo refirió la demandante, a pesar de haber sido aprobado su traslado mediante comunicación vista a folio 13 del expediente, no efectuó cotización alguna hasta el año 2016.

No obstante lo anterior, ha de resaltar que si bien la demandante solicita en el líbello introductorio la nulidad de traslado efectuado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, lo cierto es que realmente la señora Evelyn Sales no suscribió una nueva afiliación con destino al régimen de prima media, sino que por el contrario, se efectuó un retorno automático entre administradoras, con ocasión a las cotizaciones efectuadas por la demandante a partir de julio de 2016, razón por la cual solicita se condene a las demandadas, para que activen la afiliación de la demandante en el régimen de ahorro individual, régimen al cual se había trasladado y se había aprobado el mismo.

Frente al tema, es del caso traer a colación el texto original del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que establecía que para acceder a la pensión de vejez, se le exigía a las mujeres llegar a 55 años de edad y a los hombres a 60, edad que aumentaría a partir del año 2014, a 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene acreditado con la copia de identificación de la demandante vista a folio 11 del plenario, donde se verifica que nació el 10 de noviembre de 1961, cumpliendo 57 años de edad, el 10 de noviembre de 2018.

Así pues, se tiene igualmente acreditado que la señora Evelyn Sales suscribió formulario de afiliación para vincularse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Old Mutual SA el 23 de abril de 2007, conforme formato de vinculación visible a folio 12 del plenario, contando con 45 años de edad cumplidos, apartándose del argumento expuesto por las demandadas, pues la señor Sales Cardona no se encontraba inmersa en la prohibición por edad para poder trasladarse de régimen.

Ahora bien, en lo que respecta con el otro argumento expuesto por la recurrente, esto es, que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal estipulada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que no cumplía con el tiempo de permanencia mínima en el régimen de prima media, esto es, 5 años para poderse trasladar al régimen de ahorro individual, ha de precisar que comenzó a cotizar para el extinto Instituto de los Seguros Sociales a partir del 21 de enero de 1985, conforme reporte de historia laboral allegado por Colpensiones, actualizado al 15 de mayo de 2019 visto a folios 84 a 92 del plenario, reiterando que solicitó trasladarse al régimen de ahorro individual el 23 de abril de 2007 (fl. 12), superando ampliamente el tiempo mínimo exigido de permanencia en el régimen de prima media, por lo que igualmente se despacha desfavorablemente éste argumento expuesto por el recurrente.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no encuentra justificación alguna para no darle validez al traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual administrado por Skandia hoy Old Mutual SA el 23 de abril de 2007, acto jurídico que fue incluso aprobado por la misma AFP mediante comunicación del 14 de junio de 2007, vista a folio 13 del plenario.

Así las cosas, la Sala comparte la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la validez del traslado de régimen de la demandante efectuado el 23 de abril de 2007 del régimen de prima media administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones, al régimen de ahorro individual administrado por Skandia hoy Old Mutual SA.

Para tal efecto, la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones deberá trasladar con destino a Old Mutual SA, las cotizaciones que haya efectuado la señora Evelyn Sales, sin perjuicio del trámite correspondiente al Bono Pensional a que haya lugar, trámite que en este caso deberá adelantarse por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se declara válidamente afiliada la señora Evelyn Sales, sin perjuicio del derecho que puede ejercer la demandante de trasladarse entre administradoras del régimen de ahorro individual, conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, ha de resaltarse que, contrario a lo afirmado por el recurrente, no se está declarando la nulidad de traslado, sino que, conforme se indicó con anterioridad, se está declarando dentro del presente asunto que la demandante EVELYN SALES CARDONA se encuentra válidamente afiliada a Old Mutual SA administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 23 de abril de 2007, dadas las consideraciones en precedencia.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de apelación.

#### **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada SKANDIA hoy OLD MUTUAL SA; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.


En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá.

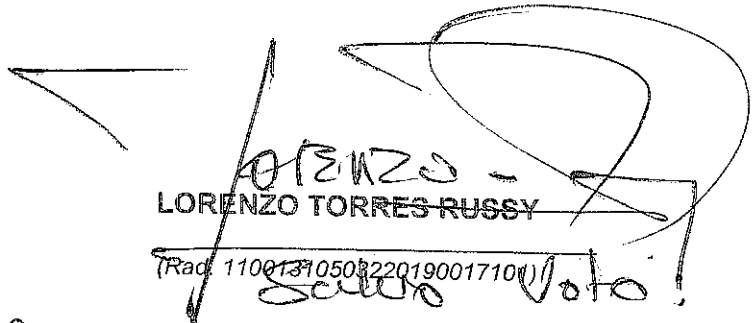
**SEGUNDO:** COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

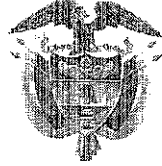
(Rad. 11001310503220190017101)

  
LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503220190017101)

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503220190017101)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 25-2018-00245-01**

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTE: ALBA CECILIA RODRIGUEZ**  
**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**  
**ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA // CONSULTA UGPP**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (UGPP) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de noviembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 172 a 175), así como UGPP (folio 167 a 169) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) ALBA CECILIA RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, debidamente sustentada como aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar que la señora ALBA CECILIA RODRIGUEZ, tiene derecho legal de la pensión de sobreviviente, como compañera permanente del causante, el señor JOSE ROMUALDO AYA SUAREZ, fallecido el día 8 de febrero de 2017.
- Que como consecuencia de lo anterior, ordenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a favor de la hoy demandante, desde el 8 de febrero de 2007, fecha de fallecimiento del señor JOSE ROMUALDO AYA SUAREZ, con todos sus retroactivos e indexaciones de Ley, hasta el día de su pago.

Contestó la demanda la UGPP (fls. 99 a 110), de acuerdo al auto visible a folio 112. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 25° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de noviembre de 2019, **Declaró** que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social – UGPP debe reconocer y pagar a la señora Alba Cecilia Rodríguez la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento del señor José Romualdo Aya Suárez, a partir del 26 de octubre de 2007, junto con los incrementos legales y la respectiva indexación. **Declaró** próspera la excepción de prescripción de manera parcial, sobre las demás excepciones no se pronunció el Juzgado, dadas las resultas del proceso. **Condenó** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social – UGPP al pago por concepto de retroactivo de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Alba Cecilia Rodríguez con ocasión al fallecimiento del señor José Romualdo Aya Suárez, la suma de \$316.800.748,25, suma que deberá ser indexada al momento de su pago. **Costas** a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$12.500.000.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada UGPP** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

**RECONOCIMIENTO PENSION SOBREVIVIENTE:** Solicita el apoderado de la entidad demandada se revoque la decisión proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que no es posible el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, teniendo en cuenta que dentro del proceso no se acreditó la convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, ni tampoco la configuración de la unión marital de hecho para poder tener la calidad de compañera permanente, por lo que no se cumple con lo establecido en el inciso primero del artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en especial, cuando se habla de la figura de compañero (a) permanente, así como de los cinco años continuos de convivencia, toda vez que la prueba testimonial no dieron certeza de la existencia de esta convivencia, y de los elementos fundamentales para la configuración de la unión marital de hecho, compartiendo techo, lecho y mesa con el causante.

A pesar de la interposición del recurso de apelación presentado por la UGPP, en atención a que la sentencia fue adversa a la entidad demandada, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* con fundamento en las siguientes

### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1) Sí conforme al material probatorio recaudado dentro del expediente, la señora ALBA CECILIA RODRIGUEZ, en su calidad de compañera permanente del causante, acredita la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JOSE ROMUALDO AYA SUAREZ.

### STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE:

Sea lo primero indicar que no es motivo de discusión que al señor JOSE ROMUALDO AYA SUAREZ le fue reconocida una pensión de jubilación gracia, mediante Resolución No 12418



del 15 de mayo de 2001, en cuantía inicial de \$751.444,13, efectiva a partir del 15 de octubre de 2000, conforme se extrae de a resolución No UGM 050273 del 20 de junio de 2012 (fl. 48).

Que mediante resolución No. 68003 del 12 de octubre de 2005, se ordenó la reliquidación de la pensión gracia del causante, en cuantía de \$830.604,71, efectiva a partir del 15 de octubre de 2000, conforme se extrae de a resolución No UGM 050273 del 20 de junio de 2012 (fl. 48).

Posteriormente, que mediante resolución No. 14743 del 24 de abril de 2007, se re-liquidó nuevamente la pensión gracia del causante, en cuantía de \$918.360,72, efectiva a partir del 15 de octubre de 2000, pero con efectos fiscales a partir del 4 de mayo de 2003 por prescripción trienal, conforme se extrae de a resolución No UGM 050273 del 20 de junio de 2012 (fl. 48).

#### **RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL:**

Frente a la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, derivados directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

*Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.*

En ese orden, dado que en el proceso se encuentra establecido que el señor JOSE ROMUALDO AYA SUAREZ falleció el 8 de febrero de 2007, conforme el registro civil de defunción obrante en el expediente administrativo visible en medio magnético a folio 110, la definición del derecho en el presente caso está sometido a las disposiciones vigentes para la fecha del deceso del asegurado, es decir las contenidas en el artículo 13<sup>1</sup> de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el pensionado o afiliado por un lapso no menor de 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento, tal como lo estableció el A quo.

<sup>1</sup> ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.

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;

Ahora bien, en el presente caso, la parte actora sostiene en su demanda, junto con las pruebas que anexa, que convivió con la causante de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, por más de cinco años con anterioridad a su fallecimiento, esto es, el 16 de abril de 2017.

Como sustento de lo anterior, aportó copia del acta de la audiencia de juicio oral proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento, por el delito de falsedad en documento privado, fraude procesal y estafa que data del 23 de septiembre de 2014, donde resolvió absolver a la demandante del delito imputado, decisión que fue confirmada por la Sala Penal de ésta Corporación el día 27 de julio de 2017. En dicha decisión judicial fue contundente y unánime a la cual concluyeron en cada una de las instancias, precisando que las aseveraciones que llevó a la Caja Nacional de Previsión Social hoy Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal – UGPP de haber observado una supuesta irregularidad en las declaraciones extra juicio presentadas por la aquí demandante y la señora Edilsa Rodríguez, no corresponden a lo dicho por los múltiples testigos practicados en dicho proceso, tendientes a afirmar, a modo de ejemplo el señor José Willington Aya Pórtela – hijo del causante –, quien manifestó que conoció a la aquí demandante debido a la relación cercana que tenía con su padre, incluso, desde antes de morir su madre sospechaba de la afectividad de ellos por viajes y demás situaciones que percibió, precisando que la Señora Alba nunca fue contratada como empedada doméstica de su padre, ni menos aún que se le hubiese cancelado alguna suma de dinero, como sí lo afirmó la señora Lucy Esther Aya Portela, quien además manifestó que fue contratada por el señor Ulises Aya Suárez, su tío paterno, a la cual su hermano le cancelaba los servicios domésticos.

Así pues, del análisis de los elementos de prueba llevó a concluir en ambas instancias que el testimonio de cargo que mantiene la versión incriminatoria (Lucy Esther Aya Portela), perdió fuerza persuasiva ante los demás testimonios que dieron fe de la relación sentimental que tuvo el causante con la demandante, delito que quedó reducido a un dicho sin soporte probatorio, en donde no se logra afirmar que la aquí demandante era la empleada doméstica del causante, sin que por tanto, la Fiscalía lograra demostrar su teoría del caso, absolviendo a la señora Alba Rodríguez del delito que le fue imputado denominado Falsedad en documento privado, fraude procesal y estafa (fls. 11 a 40).

Así mismo, allegó sendas declaraciones extra juicio rendidas por los señores Magdalena Rocha de Cabezas (fl. 53), Mercedes Ortiz Suarez (fl. 54), Gilberto Antonio Díaz Velásquez (fl. 55) y Hernán Rodríguez Prada (fl. 56), quienes coincidieron en afirmar que conocieron al causante por ser el profesor de la vereda donde vivía, y quien siempre presentó a la señora Alba Rodríguez como su compañera sentimental, y con quien convivía y compartía techo, lecho y mesa en unión libre, que no procrearon hijos, y que la actora dependía económicamente de lo que devengaba el causante. Así mismo, indicaron que la demandante fue la persona que estuvo pendiente de sus cuidados, alimentación y aseo durante la enfermedad del causante. En el caso particular del señor Rodríguez Prada, señaló que fue compañero de trabajo del causante por más de 10 años, y en muchas ocasiones la demandante le llevaba el almuerzo al lugar de trabajo, y en ocasiones compartió con la pareja en la casa de la demandante ubicada en el barrio “El Triunfo” en Girardot, así como en algunas cafeterías del pueblo.

Se encuentra también investigación administrativa que se extrae del expediente administrativo visible en medio magnético a folio 118 del expediente, ordenada por la entidad demandada a través de la empresa CYZA, para verificar la procedencia de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, en el que se entrevistó al señor Ulises Aya Suárez, hermano del causante, quien indicó que, la demandante y el causante fueron novios desde muy jóvenes, sin embargo dicha relación se distanció dado que al causante lo nombraron maestro en un Colegio al sur del Tolima, y formalizó otra relación con la que

procreó sus hijos. No obstante, al pasar unos años, la pareja se reecontró y en el año 1990 aproximadamente comenzó la convivencia, hasta la fecha del fallecimiento en el año 2007. Que el causante terminó de construir la casa donde vivieron y donde actualmente vive la actora (fl. 263 y 264 Exp. Activo.).

En igual sentido, la empresa antes mencionada, entrevistó a los señores Magdalena Rocha de Cabezas y Gilberto Antonio Díaz Velásquez, quienes indicó que conoció a la pareja por más de 25 años en Flandes, que regularmente se reunían los sábados, sin embargo esa frecuencia disminuyó cuando el causante se comenzó a enfermar (fl. 294, 299 y 300 Exp. Activo.). Anexan igualmente registro fotográfico de los momentos compartidos la demandante con el causante a folios 475 a 477 del expediente administrativo.

Se decepcionó el **interrogatorio de parte** a la señora ALBA CECILIA RODRIGUEZ quien indicó que convivió con el causante desde el año 1992 hasta el año 2007 que falleció, que convivieron en Girardot, en una casa de propiedad de la demandante que el causante le ayudó a construirla. Que no procreó hijos con el causante. Que recibe una pensión por parte del estado.

Se recibieron igualmente los testimonios de los señores **MAGDALENA ROCHA DE CABEZAS, GILBERTO ANTONIO DIAZ VELASQUEZ** y **HERNAN RODRIGUEZ PRADA**, quienes coincidieron en indicar que conocen a la demandante hace más de 20 años aproximadamente, por ser fundadores del barrio "El Triunfo" donde viven todos. Que conocieron al causante, porque era conocido como "El Profe", como compañero sentimental de la demandante, que siempre compartieron en el barrio. Que la demandante convivió con el causante desde el año 1992 aproximadamente, hasta que falleció en el año 2007. Que la pareja no procreó hijos. Que el causante corría con los gastos del hogar, pues la demandante nunca trabajó, se dedicó siempre al hogar. En el caso específico del señor Rodríguez Prada indicó que, fue compañero de trabajo del causante, y a quien le llevaba el almuerzo la demandante, y en varias oportunidades fue a almorzar a la casa de la pareja, y en otras oportunidades tomaban onces en la tienda que quedaba al frente del colegio donde trabajaba con el causante, que en la época de enfermedad del causante, era la señora Alba quien lo atendió y lo cuidó.

Apreciada en conjunto la prueba documental y testimonial arrojada al plenario, considera la Sala que se acredita la convivencia en forma permanente del señor JOSE ROMUALDO AYA SUAREZ y la señora ALBA CECILIA RODRIGUEZ, desde el año 1992 hasta el 8 de febrero de 2007, fecha en que falleció el causante.

Así las cosas, la convivencia que infundadamente echó de menos y cuya necesidad de acreditación le sirvió para negar el reconocimiento de la pensión a la Entidad demandada, se encuentra acreditada en el *sublite*, cumpliendo los presupuestos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto se demuestra que en el presente caso la causante convivió de manera permanente durante los 5 años anteriores a su fallecimiento con el señor JOSE ROMUALDO AYA SUAREZ en condición de compañera permanente, convivencia que de acuerdo con la prueba recaudada se produjo con el ánimo de estabilidad y de conformar una unión de pareja en términos de ayuda y socorro mutuo, por lo que se **CONFIRMARÁ** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en cuanto reconoce el derecho de la demandante a la sustitución pensional en cuantía de un 100% de la mesada pensional reconocida al causante mediante Resolución No. 14743 del 24 de abril de 2007, se reliquidó nuevamente la pensión gracia del causante, en cuantía de \$918.360,72 (para el año 2000), junto con el retroactivo pensional a que haya lugar, debidamente indexado a la fecha del pago efectivo.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

Así pues, previo a resolver lo referente al retroactivo de la prestación, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales. Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde el **8 de febrero de 2007**, fecha de fallecimiento del causante, o en ese mismo término haber instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo de dicha prestación, término que en todo caso dejó pasar la parte actora, como quiera que solicitó el reconocimiento de la prestación hasta el día 26 de octubre de 2010, conforme se extrae de la resolución UGM 050273 del 20 de junio de 2012 (fl. 49), en tanto que la presente demanda fue sometida a reparto el 24 de abril de 2018 (fl. 59), lo que significa que la demandante dejó transcurrir más de los 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, por lo que habrá de **DECLARARSE PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de abril de 2015, esto es, 3 años antes de radicar la presente demanda.

Así las cosas, y por estar conociéndose el presente asunto en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la entidad demandada, se **MODIFICARÁ** el numeral primero y segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de abril de 2015.

Aclarado lo anterior, de conformidad con la liquidación efectuada con apoyo del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de la presente decisión, calculó un retroactivo pensional a favor de la señora ALBA CECILIA RODRIGUEZ en la suma de **\$160.833.326,6**, liquidada a partir del 24 de abril de 2015, dada la excepción de prescripción, con corte al 31 de julio de 2020, sin perjuicio de las que a futuro se causen, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago, **MODIFICÁNDOSE PARCIALMENTE** el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO:** MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de abril de 2015.

**SEGUNDO:** MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social – UGPP al pago por concepto de retroactivo de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Alba Cecilia Rodríguez con ocasión al fallecimiento del señor José Romualdo Aya Suárez, la suma de **\$160.833.326,6**, liquidada a partir del 24 de abril de 2015, dada la excepción de prescripción, con corte al 31 de julio de 2020, sin perjuicio de las que a futuro se causen, suma que deberá ser indexada al momento de su pago

**TERCERO:** CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019 por el Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá.

**CUARTO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

(Rad. 11001310502520180024501)



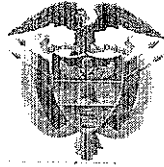
**LORENZO TORRES RUSSY**

(Rad. 11001310502520180024501)



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

(Rad. 11001310502520180024501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 29-2018-00486-01**

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTE: NUBER FERNEY MORENO GONZALEZ  
DEMANDADO: FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS  
ASUNTO : APELACION SENTENCIA (DEMANDANTE Y DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el desata el recurso de apelación prestando por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de octubre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la demandada (folios 856 a 859), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **NUBER FERNEY MORENO GONZALEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 373 y 374):

1. Declarar que las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Federación Nacional de Cafeteros y su sindicato SINTRAFEC, se aplican a todos los trabajadores.
2. Condenar a pagar al actor la suma de \$2.638.586 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al mes de diciembre de 2014, debidamente indexada.
3. Condenar a pagar la suma de \$2.744.921 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al mes de junio de 2015, debidamente indexada.



4. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a pagar al demandante la suma de \$2.744.921 por concepto de prima extra legal de diciembre de 2015, debidamente indexada.
5. Condenar a pagar la suma de \$2.937.065 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al mes de junio de 2016, debidamente indexada.
6. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a pagar al demandante la suma de \$2.937.065 por concepto de prima extra legal de diciembre de 2016, debidamente indexada.
7. Condenar a pagar la suma de \$3.142.659 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al mes de junio de 2017, debidamente indexada.
8. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al actor la prima extralegal vacacional, correspondiente al tiempo comprendido entre el 1 de abril de 2014 y el 31 de marzo de 2015, por el noveno periodo vacacional, debidamente indexada.
9. Condenar a la demandada a pagar al actor la suma de \$2.643.358 por concepto de prima extralegal vacacional, correspondiente al tiempo comprendido entre el 1 de abril de 2015 al 31 de marzo de 2016, por el decimo periodo vacacional, debidamente indexada.
10. Condenar a la demandada a pagar al actor la suma de \$2.933.148 por concepto de prima extralegal vacacional, correspondiente al tiempo comprendido entre el 1 de abril de 2016 al 31 de marzo de 2017, por el undécimo periodo vacacional, debidamente indexada.
11. Condenar el reajuste de cesantías de los años 2015, 2016 y 2017, teniendo en cuenta para ello la prima extralegal vacacional que también constituye salario.
12. Condenar a la demandada a pagar al actor el reajuste de los intereses de cesantía de los años 2015, 2016 y 2017.
13. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado en forma completa las cesantías causadas en los años 2015, 2016 y 2017.
14. Costas procesales.

La **Federación Nacional de Cafeteros** contestó la demanda (fls. 424 a 842); de acuerdo al auto visible a folio 843. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de octubre de 2019. **Declaró** que el trabajador Nuber Ferney Moreno González es beneficiario de las prerrogativas prestacionales establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con la Organización Sindical SINTRAFEC. **Condenó** a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al demandante Nuber Ferney Moreno González, los siguientes conceptos:

- La suma de \$17.144.917 por concepto de **PRIMA EXTRALEGAL DE SERVICIOS**.

- La suma de \$6.811.720 por concepto de PRIMA EXTRALEGAL DE VACACIONES.
- La suma de \$567.644 por concepto de re-liquidación de cesantía.
- La suma de \$68.117 por concepto de re-liquidación de intereses a la cesantía.

Las anteriores sumas deberán ser pagadas debidamente indexadas. **Absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante. **Declaró parcialmente probada** la excepción de prescripción y probada la de buena fe, propuestas por la parte demandada. **Costas** a cargo de la parte demandada, incluyendo la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación del siguiente punto de la sentencia:

**INDEMNIZACIÓN MORATORIA PREVISTA EN EL NÚM. 3º DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990:** Solicita el apoderado de la parte demandante se revoque la absolución de la indemnización moratoria de que trata el Núm. 3º del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, y en su lugar se acceda a la imposición de la misma, al no haber consignado en forma completa las cesantías, tal y como lo ordena la Convención Colectiva de Trabajo del año 1996, esto es, al no considerar como salario la prima extralegal de vacaciones, teniendo en cuenta que la H. Corte Suprema de Justicia ha venido adoctrinando en innumerables providencias, entre otras la sentencia con Rad. 55436 del 20 de febrero de 2018, en la que indicó que las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Federación Nacional de Cafeteros y su sindicato SINTRAFEC aplican a todos los trabajadores de la empresa, sean éstos afiliados o no a la organización sindical y hayan o no cubierto por nómina la denominada "cuota de extensión de beneficios convencionales", hecho que ha sido desconocido por la demandada sin sustento alguno, la cual insiste en inaplicar la Convención Colectiva de Trabajo a todos sus trabajadores, lo que ha catalogado la H. Corte Suprema de Justicia como una conducta no constitutiva de buena fe.

Por otro lado, la **parte demandada (FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS)** interpuso recurso de apelación del siguiente punto de la sentencia:

**APLICACIÓN CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO:** Señala que la Federación Nacional de Cafeteros siempre ha tenido la convicción que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y el sindicato SINTRAFEC desde el año 1988, con vigencia al año 1990, no se aplica a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, toda vez que se acreditó que SINTRAFEC era una organización sindical minoritaria al agrupar en su sindicatos a menos de la tercera parte de los trabajadores. Resalta que la extensión de la Convención Colectiva de Trabajo a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, tiene su génesis en el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1965, donde expresamente se dispuso una norma de aplicación a todos los trabajadores

de la demandada, la cual fue proyectada en el espacio y el tiempo hasta el laudo arbitral de 1986, esto quiere decir que, la cláusula se extiende hasta la Convención Colectiva de Trabajo de 1984, toda vez que en el laudo arbitral de 1986 no se dijo nada relativo a su aplicación, luego debe entenderse que en la Convención Colectiva de Trabajo de 1988 a 1990 desaparece la norma que ordena la aplicación del texto convencional a todos los trabajadores de la demandada. Ahora, si se hace un estudio juicioso de las Convenciones Colectivas de Trabajo desde la del año 1990 hasta la del año 1998 se observa que la cláusula que establecía la aplicación a todos los trabajadores de la demandada dejó de existir.

De otro lado, señala que en el párrafo segundo del artículo 1º de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998 y la de 1996, establece que los aumentos que se pacten para los trabajadores beneficiados por la Convención Colectiva de Trabajo, no podrá ser inferiores en un futuro a los incrementos generales que se determinen para el personal que no se rija por la Convención Colectiva de Trabajo, en tanto que la del año 1999 acordó que se incrementará el salario ordinario mensual de los trabajadores que se beneficien de la Convención Colectiva de Trabajo en el porcentaje equivalente a la variación del índice de precios al consumidor IPC correspondiente al año 1998 certificado por el DANE, sin embargo, se acordó que este incremento no podrá ser inferior al que las empresas determinen en forma general para el personal que no se rija por la Convención Colectiva de Trabajo, de lo que se infiere que tiene la Convención Colectiva de Trabajo no aplica a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, y lo que dice es que en el caso de que llegue a mejorar a los trabajadores no sindicalizados, tendrá que obviamente buscar también la aplicación de esos beneficios a los trabajadores sindicalizados. Finalmente, resalta que el demandante se afilió a SINTRAFEC el 10 de septiembre de 2017, momento a partir del cual, la Federación Nacional de Cafeteros le empieza a hacer extensivos los beneficios convencionales, lo que implica la retención de la cuota sindical con destino a SINTRAFEC, en ese orden de ideas, no procede el reajuste convencional de la prima extralegal de servicios y de vacaciones, así como tampoco el reajuste de las cesantías e intereses a las cesantías y como consecuencia lógica, el pago de las costas impuestas en primera instancia.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo a todos los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados de la Federación Nacional de Cafeteros, 2. Así mismo, si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el Núm. 3º del Art. 99 de la Ley 50 de 1990.

### Existencia del contrato de trabajo

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante labora para la Federación Nacional de Cafeteros desde el 1 de abril de 2006, mediante contrato de trabajo a término fijo de duración de un (1) año, desempeñando el cargo de extensionista, y para el año 2018 devengaba un salario mensual de \$2.222.812, hechos que no solamente fueron aceptados en la contestación de la demanda, sino que se acreditan con la documental vista a folios 11 a 60 del plenario, correspondientes a la copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes y constancia laboral emitida por la entidad demandada, así como los comprobantes de pago al demandante.

### Aplicación Convención Colectiva de Trabajo:

Señala el apoderado de la parte demandada en su recurso de apelación que a partir del año 1988, el sindicato de la Federación Nacional de Cafeteros es minoritario, y por asociaren su organización a menos de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, su estatuto colectivo se aplica únicamente a los trabajadores sindicalizados que lo hayan fundado y a quienes se adhieran o ingresen posteriormente a él.

Sea lo primero indicar que la convención colectiva de trabajo tiene, en principio, un campo de aplicación que está determinado por la ley, lo cual se desprende de los artículos 470, 471 y 472 del CST. Pero ese marco legal no excluye lo que sobre el particular convengan los contratantes, pues nada ilícito habrá en un consenso en tal sentido, en tanto con ello no hay vulneración alguna del orden legal.

A efectos de resolver, cabe indicar que el artículo cuadragésimo de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A "ALMACAFE" Y EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA "SINTRAFEC" para los años 1965 se estableció:

*"La presente Convención colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, y de la SOCIEDAD ANÓNIMA DE ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A "ALMACAFE". (fl. 537)*

Como quiera que entre las partes existe discusión, frente a la existencia y vigencia de la cláusula convencional, resulta necesario revisar el tránsito histórico de las convenciones colectivas posteriores.

De las pruebas allegadas al expediente, a folios 775 a 779 obra la convención Colectiva de trabajo vigente para los años para los años 1988- 1990, que no se refirió expresamente a la disposición analizada, para disponer su derogación, no la modificó, ni tampoco la reprodujo. Adicionalmente, en su artículo 13, dispuso que los derechos, prestaciones legales y extralegales del trabajador que venían

siendo reconocidos por la empresa mantendrían su vigencia, siempre y cuando no fueran modificados por sus disposiciones.

A folios 631 a 658 obra la convención Colectiva de trabajo vigente para los años 1978 y 1980, que no se refirió expresamente a la disposición analizada, para disponer su derogación, no la modificó, ni tampoco la reprodujo. Adicionalmente, en su artículo 30, dispuso que los derechos, prestaciones legales y extralegales del trabajador que venían siendo reconocidos por la empresa mantendrían su vigencia, siempre y cuando no fueran modificados por sus disposiciones.

Adicionalmente, a folios 524 a 821 obra las convenciones colectivas vigentes para los años 1978 – 1980; 1980 – 1982; 1982 – 1984; 1984 – 1986; el acta de acuerdo parcial y el laudo arbitral vigentes para los años 1986 – 1988; la convención vigente para los años 1990 – 1992; a 1992 – 1994, a 1994 a 1996; a 1996 – 1997; y finalmente la vigente para los años 1998 – 1999. Sin que de la revisión de dicho instrumentos, se encuentra acuerdo o pacto alguno referido a la disposición en comento, ni se suprimió, modificó o reprodujo. Por otra parte, en esto se previó que las estipulaciones de convenciones o laudos anteriores continuarían vigentes, en tanto no fueran modificadas, derogadas, sustituidas o acordadas en sus disposiciones.

Ahora bien, de lo expuesto, para la Sala el juez acierta al inferir que la disposición analizada continúa vigente, en tanto nunca fue derogada expresamente por las disposiciones convencionales posteriores. Igualmente, en la medida en que cada convención y laudo arbitral salvaguardó la vigencia de las disposiciones que no fueran tratadas expresamente en sus artículos.

Tal regla emana del mismo consentimiento expresado por los contratantes en cada convención, sino que también se corresponde con la efectividad de los derechos y garantías laborales, así como con principios tales como la irrenunciabilidad de beneficios y garantías mínimas y la prohibición para la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, de menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores (art. 53 de la C.P.).

Igualmente, en tanto, como bien lo señala el juez de instancia, la expiración de los beneficios o garantías convencionales, legalmente sólo puede operar por la mutua voluntad de las partes expresamente sentada; por medio de denuncia de la convención o; por medio de su revisión cuando sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica (artículo 480 del C.S.T.).

Ahora bien, vale la pena traer a colación la sentencia SL4613 con Rad. 53842 de 2019 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinoó que, cuando el empleador acepta y se obliga a aplicar a todos los trabajadores de su empresa los beneficios convencionales y esa disposición forma parte del contenido del contrato de trabajo por mandato legal (artículo 467 CST), por más que su voluntad sea expresada de manera libérrima, que no es el caso de lo contemplado en la cláusula 31 en comento, no le quita con ello su naturaleza de bilateralidad o consensualidad, tal como explicó la el máximo Tribunal en detalle en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, que se reitera en la sentencia en cita, cuando al decidir el mismo problema jurídico, consideró:

*“Es que jurídicamente debe aceptarse que el sindicato o los trabajadores protagonistas de un conflicto colectivo que culmine con la expedición de una convención colectiva o un pacto colectivo, pueden estar interesados en que el convenio que se suscriba por la autocomposición, no se extienda más allá de lo que la ley señala si consideran que con ello pueden fortalecer su unidad como trabajadores, o también pueden hacer conflictivo ese punto incluyéndolo en el pliego de peticiones, si igualmente estiman que con ese proceder se acentúa la unidad de los asalariados.*

*En este orden, cuando sucede lo último, es decir que el campo de aplicación es uno de los temas del pliego de peticiones y por ende del conflicto, las partes pueden convenir libremente su extensión a otras personas que no están comprendidas dentro del marco legal, como también puede ocurrir que los contratantes decidan, sin ser objeto del conflicto, hacer esa misma extensión y dejar consignada esa voluntad en el respectivo acto jurídico contractual.*

*Cuando así sucede, en uno u otro evento, de la convención colectiva o el pacto colectivo surgen unas consecuencias también señaladas por la ley. De allí que el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, al definir la convención colectiva de trabajo, señala que ésta “fijará las condiciones de los contratos de trabajo durante su vigencia” y ello implica, como lo ha desarrollado la jurisprudencia y la doctrina, que las cláusulas denominadas normativas se incorporan a cada uno de los contratos de trabajo existentes en la empresa o establecimiento y por tanto forman parte integral de dichos acuerdos individuales. En otras palabras, cuando el empleador se obliga a aplicar los beneficios convencionales a todos sus trabajadores, crea a favor de éstos un derecho individual, al cual, es cierto, pueden renunciar, que mientras esto no ocurra resulta imperativa su aplicación.*

*Es claro, entonces, que ese derecho no surge, como lo da a entender la censura, de la sola voluntad libérrima del empleador, sino del convenio que celebra con el otro contratante. Pues debe entenderse que confluyen las voluntades del uno y del otro y sus alcances, bien pueden fijarlos ellos, con las precisiones que estimen convenientes.*

*Pero aun cuando es verdad indiscutible que la voluntad en un contrato debe ser libre y sin presión de ninguna especie, al aceptarla en igual forma el otro sujeto contractual, bien puede afirmarse que es del correspondiente instrumento de donde surgen las obligaciones, el cual celebrado acorde con el ordenamiento jurídico se convierte en ley para los contratantes.*

*Entonces, plasmada en la convención colectiva de trabajo la voluntad de las partes contratantes, no es dable jurídicamente que una de ellas, en este caso la empleadora, unilateralmente decida desconocer lo pactado. Ese acuerdo, que implicó la obligación de aplicar a todos los trabajadores, continúa rigiendo hasta cuando por uno de los eventos señalados en la ley, entre ellos, el acuerdo de las partes, decidan finiquitarla, lo que no ha sucedido en el caso de la cobertura prevista en la citada cláusula 31.*



*Todo lo contrario, como lo dio por demostrado el Tribunal y lo reiteró está Sala al estudiar el cargo que precede, dicha cláusula continuó vigente.”*

Igualmente, resulta pertinente recordar que la convención colectiva de trabajo es una institución *sui generis*, pues si bien tiene origen contractual y se rige en principio por las normas que regulan las obligaciones y los contratos, también tiene unas particularidades o características que le son propias y lo hace diferente de los contratos comunes. Una de ellas, tiene que ver precisamente con su vigencia, en tanto rige hasta cuando sea reemplazada por una nueva.

Sobre el particular, es oportuno recordar lo dicho en sentencia SL, 20 abr. 2010, rad. 35963, reiterada en la providencia anteriormente referida, cuando al efecto el máximo Tribunal precisó:

*“(…) Basta decir que su existencia puede colegirse para el momento de la terminación del contrato de trabajo, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*El primero de dichos preceptos regula la llamada prórroga automática de los convenios colectivos de trabajo y consiste en que de no mediar la denuncia por una o por las partes del contrato dentro de los sesenta (60) días anteriores a la expiración de su término, éste se entiende prorrogado por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, contados desde el momento de su terminación, mientras que el segundo, que regula la figura de la denuncia, estipula que formulada la denuncia con el lleno de los requisitos exigidos, la convención “continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención”.*

*Lo anterior implica que en estricto sentido, si bien la convención colectiva de trabajo tiene una vigencia que puede ser estipulada por las partes, o inclusive si no hay esa estipulación, fijada por la ley a través de los plazos presuntivos de seis (6) en seis (6) meses (Art.477 C. S. del T.), su terminación no se produce por el simple vencimiento del plazo pactado, pues en términos generales sigue rigiendo hasta cuando sea suscrita una nueva que la reemplace.*

*Por eso, si en un proceso se acredita la existencia de una convención colectiva como fuente de un derecho que se persigue dentro de la correspondiente causa, el juez laboral debe suponer siempre su vigencia, a menos que se demuestre que dejó de regir por haber sido sustituida por otra nueva, siguiendo al efecto los principios que rigen la clásica carga de la prueba en materia de obligaciones, pues de acuerdo con el artículo 1757 del Código Civil “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”.*

Las orientaciones transcritas tienen perfecta aplicación al caso bajo estudio, en tanto no se discute que en el artículo 31 de la Convención Colectiva de Trabajo 1976-1978 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se obligó a aplicar los beneficios convencionales a todos los trabajadores, precepto que no fue derogado expresa ni tácitamente por las convenciones colectivas que se suscribieron con posterioridad. En consecuencia, dicho beneficio, por demás reiterado en el inciso 1º

de la cláusula 16 de la convención colectiva de trabajo 1984-1986 (fl. 757), continúa surtiendo plenos efectos por voluntad expresa de las partes.

Lo anterior se refuerza con lo adoctrinado en la sentencia SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, así como también lo expuesto en la sentencia SL, 25 sep. 2012. rad. 38463, cuando al decidir un asunto de contornos similares al presente, por demás seguido contra la misma demandada, motivo expreso del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la aprte demandada, consideró en relación a la retención de la cuota sindical con destino a SINTRAFEC.:

*“Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado.”*

De otra parte, el hecho de que al actor no se le hubieran realizado los descuentos con destino a Sintrafec, solo hasta su afiliación a partir del 10 de septiembre de 2017, tal omisión con anterioridad, en modo alguno, acarrea la pérdida de los beneficios convencionales, como también se reiteró en la sentencia que se acaba de transcribir, a los cuales se obligó la demandada desde la negociación acaecida en 1976.

Por demás, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario a partir de 1988, no disuelve los convenios establecidos, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores de la empresa, existe el deber jurídico de respetar esos compromisos, pues en este caso, se reitera, la extensión no se da por ministerio de la ley sino por decisión de las partes contratantes (Sentencia SL 5385 con Rad. 68422 del 10 de diciembre de 2018).

Finalmente, cabe precisar que si la intención de los intervinientes era limitar tal cobertura, así lo tenían que haber dispuesto de manera expresa y clara en las convenciones que celebraron con posterioridad o, por lo menos, lo habrían dejado plasmado con unos enunciados contundentes de los que se pudiera inferir, sin lugar a equívocos, tal alcance que, desde luego, para la Sala, no lo contiene la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 anteriormente citada.

De igual manera, frente a la inaplicabilidad del acuerdo convencional, por estar o no la demandante afiliada a "SINTRAFEC" y sólo estarlo a partir del 2017 a "SINTRAINDUSCAFÉ", o ante la pérdida de la vigencia del beneficio al tener la organización sindical la calidad de un sindicato minoritario, cabe señalar que no le asiste razón al recurrente en su argumentación, como quiera que las cláusulas convencionales no condicionan su aplicación a ninguna de éstas circunstancias, sino que para ser sujeto de la aplicación del convenio colectivo, únicamente establecen la pertenencia como trabajador a la demandada.

Lo dicho en precedencia es suficiente para concluir que no se equivocó el Juez *A Quo* al considerar que el demandante, por disposición de la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (fl. 628), es beneficiario de las prerrogativas extralegales, entre ellas, el reconocimiento de las primas solicitadas en el libelo demandatorio, **CONFIRMANDO** de esta manera el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, relevándose del estudio de los valores condenados por concepto de prima extralegal de servicios, prima extralegal de vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, por no ser objeto expreso de apelación.

**Sanción por no consignación completa de las cesantías establecida en el Núm. 3º Art. 99 de la Ley 50 de 1990:**

Por otro lado, solicita el apoderado de la parte demandante se revoque la absolución de la indemnización moratoria de que trata el Núm. 3º del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, y en su lugar se acceda a la imposición de la misma, al no haber consignado en forma completa las cesantías, tal y como lo ordena la Convención Colectiva de Trabajo del año 1996, al no considerar como salario la prima extralegal de vacaciones, trayendo a colación la sentencia con Rad. 55436 del 20 de febrero de 2018, en la que indicó que las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Federación Nacional de Cafeteros y su sindicato SINTRAFEC aplican a todos los trabajadores de la empresa, sean éstos afiliados o no a la organización sindical y hayan o no cubierto por nómina la denominada "cuota de extensión de beneficios convencionales", hecho que ha sido desconocido por la demandada sin sustento alguno, la cual insiste en inaplicar la Convención Colectiva de Trabajo a todos sus trabajadores, lo que ha catalogado la H. Corte Suprema de Justicia como una conducta no constitutiva de buena fe.

En ese orden de ideas, la sanción por no consignación de cesantías establecida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dispone que se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato.

Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el num. 3º art. 99 de la Ley 50 de 1990, es criterio de la H. Corte Suprema De Justicia que, al igual que la del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como

tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, esto es, que la misma no opera de forma automática, sino que debe revisarse en cada caso en concreto la conducta de la demandada, si la misma actuó de buena fe o no, y en el evento en que se acredite que actuó de buena fe, se exonera del pago reclamado.

Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia SL2833-2017).

Así entonces, en el caso bajo examen, no se advierte un actuar de mala fe por parte de la federación Nacional de Cafeteros que la haga acreedora de la sanción reclama durante la vigencia de la relación laboral con el demandante, pues ha de recordar que siempre actuó bajo el consentimiento o convicción de no considerar al actor como beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas con SINTRAFEC, aspecto éste que solo vino a dilucidarse en el actual proceso, razón por la cual, no es posible como ya se notó indicar una actuación desprovista de buena fe endilgada a la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta, que le fueron consignadas las cesantías legales a que tenía derecho el actor en la oportunidad pertinente.

Bajo las anteriores consideraciones, se despacha desfavorablemente la inconformidad presentada por la parte demandante y en su lugar, se **CONFIRMA** la absolución de la sanción apelada.

**COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

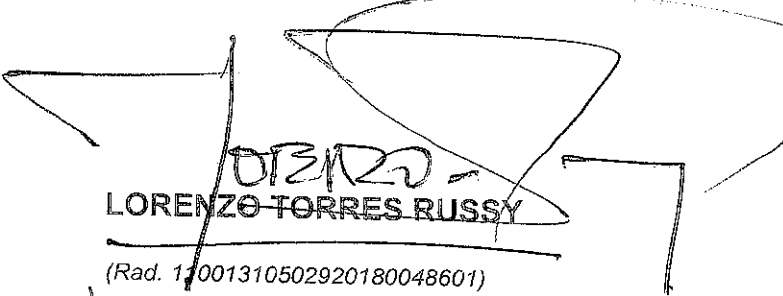
**RESUELVE**

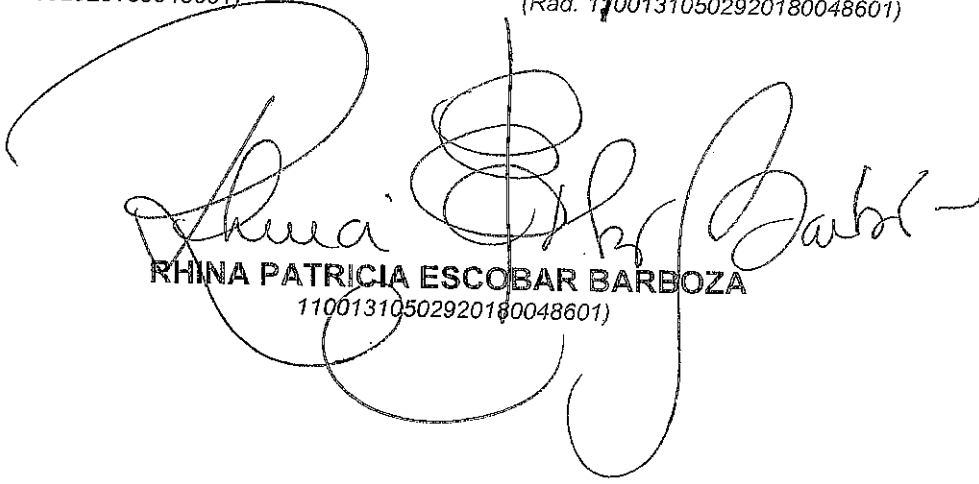
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida 17 de octubre de 2019 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá.

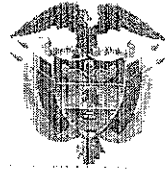
**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente  
(Rad. 11001310502920180048601)

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
(Rad. 11001310502920180048601)

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
11001310502920180048601



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 21-2018-00062-01**

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTE: JOSE IGNACIO CORONADO**  
**DEMANDADO: ECOPETROL SA**  
**OLEODUCTO CENTRAL SA - OCENSA SA**  
**(Solidariamente)**  
**ASUNTO : APELACION SENTENCIA (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el desata el recurso de apelación prestando por la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la demanda Ecopetrol SA (folios 654 y ss.), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **JOSE IGNACIO CORONADO** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ECOPETROL SA**, y solidariamente en contra de **OLEODUCTO CENTRAL SA**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5):

1. Que entre el señor José Ignacio Coronado y la empresa **ECOPETROL SA** existió un contrato de trabajo desde el 9 de julio de 2014 hasta el 27 de abril de 2017, fecha en la cual terminó dicho contrato de forma unilateral por parte del empleador invocando justa causa.
2. Que se reconozca que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa.

3. Que se reconozca el acta extra convencional de abril 30 de 1985, y la presunción de contrato a término indefinido del señor José Ignacio Coronado, ya que ocupó un cargo vacante en la planta de MIRAFLORES de ECOPETROL SA y en dicha acta se aclara y se pacta el compromiso de ECOPETROL SA de no ocupar sus vacantes con personal a término fijo (página 203 de la CCTV) "III. CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO. A los treinta (30) días del mes de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985) ... 1. Es entendido que los trabajadores temporales no deben ocupar en forma permanente las vacantes existentes en la empresa (Artículo 3°.)"
4. Una vez comprobados los hechos relacionados, se ordene el reintegro del señor José Ignacio Coronado.
5. Una vez ordenado el reintegro, reconocer la continuidad del contrato y por consiguiente los salarios y prestaciones sociales percibidas y dejadas de pagar durante el tiempo que estuvo desvinculado de la empresa, estimado en un valor aproximado de \$38.000.000.
6. Que una vez ordenado el reintegro se reconozcan los derechos sindicales consignados en la CCT USO-ECP y conforme a esta se modifique el término de duración del contrato, es decir, celebre entre las partes contrato a término indefinido.
7. Costas procesales.

La ECOPETROL SA contestó la demanda (fls. 354 a 367), así como el OLEODUCTO CENTRAL SA – OCENSA SA (fls. 438 a 484); de acuerdo al auto visible a folio 488. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 11 de septiembre de 2019. Declaró que entre el señor José Ignacio Coronado y ECOPETROL SA existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 9 de julio de 2014 al 27 de abril de 2017. Declaró probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por ECOPETROL SA. Absolvió a las demandadas ECOPETROL SA y OLEODUCTO CENTRAL SA – OCENSA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor José Ignacio Coronado. Costas a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación del siguiente punto de la sentencia:

**REINTEGRO:** Solicita se revoque la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que establece que a todas las actuaciones judiciales o administrativas se aplicarán los principios del debido proceso, tal y como se señaló en la demanda, el protocolo que se realizó para la toma de prueba de alcoholemia se hizo por parte del personal de vigilancia de la empresa OCENSA SA, con base en las políticas de dicha empresa, las cuales no son



guía para el seguimiento y manejo de uso de sustancias psicoactivas en ECOPETROL SA, es decir que aplicó un procedimiento diferente al establecido y acordado entre las partes, por lo tanto, al haber realizado un procedimiento diferente al acordado entre las partes está viciado de nulidad, más aún cuando la guía para el seguimiento y manejo de uso de sustancias psicoactivas en ECOPETROL señala con absoluta claridad en el numeral 4.3.2. "Para la toma de pruebas quienes toman las muestras de verificación, debe ser el personal del área de salud", por lo que el señor vigilante de OCENSA, no es personal del área de la salud de ECOPETROL, de manera que al realizarse la prueba por una persona diferente a una contratada por ECOPETROL, estaría violando el debido proceso e incurriendo en una nulidad de todo lo actuado, quedando como nula la prueba tomada por la empresa OCENSA, al no haber aplicado en su integridad la guía para el seguimiento y manejo de uso de sustancias psicoactivas de ECOPETROL, la prueba en nula, y por ende no sirve de base para tomar la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo con el demandante.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Sí para el momento de la terminación de la relación laboral se violó el debido proceso al aplicar un procedimiento no establecido en la empresa demandada, por lo tanto es procedente ordenar el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía.

#### Existencia del contrato de trabajo

Sea lo primero indicar que no es objeto de controversia en esta instancia que el demandante laboró para ECOPETROL SA, mediante contrato de trabajo a término fijo – Nómina Convencional de duración de 1 año, a partir del 3 de julio de 2013, percibiendo la suma diaria de \$48.198, desempeñando el cargo de "Operador de Transporte b 3" (fls. 66 a 68), el cual fue prorrogado en dos oportunidades por un término igual, según se observa de la documental que obra a folios 69 a 73.

Así mismo, se encuentra plenamente probado que el contrato de trabajo se dio por terminado el día 27 de abril de 2017, conforme se acredita de la carta de despido vista a folios 80 y 81 del plenario.

#### Reintegro:

El conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, en que la sociedad Ecopetrol SA terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato

de trabajo, aplicando un procedimiento diferente al establecido y acordado entre las partes, encontrándose éste viciado de nulidad, y por ende no sirve de base para tomar la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo con el demandante.

Aclarado lo anterior, vale la pena recordar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

En ese orden, a folios 80 y 81 del expediente obra carta de terminación del contrato de trabajo que data del 27 de abril de 2017 suscrita por el Sr. Álvaro Cortés Guarín, Jefe de Departamento O&M Casanare (e) – Vicepresidencia de Transporte Ecopetrol SA, en la que le atribuye al demandante haber transgredido al reglamento interno de trabajo en su artículo 71, numeral 2, al presentarse al trabajo o permanecer durante la jornada laboral en estado de embriaguez o con los efectos secundarios que produce tal estado, o bajo la influencia de narcóticos, drogas enervantes o psicoactivas o con los efectos secundarios que ellas producen, quedando acreditado de esta manera el despido del actor.

Ahora bien, corresponde a la parte demandada acreditar que efectivamente se dieron las conductas imputadas en la comunicación de la terminación del contrato de trabajo, y que las mismas comportan en términos de ley, una justa causa que, ameritaba la terminación del vínculo contractual Laboral.

Así las cosas, al analizar los hechos consignados en la carta de terminación de la relación laboral, indica que:

*"(...) El día viernes 7 de abril de 2017, ingresando usted a las instalaciones de OCENSA para prestar el servicio para el que fue contratado, se le solicitó practicarse la prueba de alcoholimetría, según la guía para el seguimiento y manejo del uso de sustancias psicoactivas en Ecopetrol, que en el numeral 4.2.3 establece "Verificación aleatoria: Estas pruebas se aplica para el personal que realice actividades dentro de las instalaciones operativas y administrativas de Ecopetrol."*

*Siendo las 6:05 a.m. del 7 de abril de 2017, se le practicó la prueba cuantitativa de alcoholimetría, encontrando un resultado positivo.*

*De acuerdo al procedimiento de Ecopetrol SA para tal fin, se le tomó la segunda prueba cuantitativa, arrojando un resultado positivo con presencia de alcohol en una relación de 21 mg/dl.*

*Adicional a lo anterior se tomó muestra en sangre a las 8:00 a.m. arrojando como resultado 20,7 mg/dl; resultado que fue recibido el día 19 de abril del año en curso.*

*Los hechos anteriormente descritos se encuentran referidos en el reglamento interno de trabajo en su Capítulo XVII, Prohibiciones a los Trabajadores: ARTÍCULO 71, numeral 2. Presentarse al trabajo o permanecer durante la jornada laboral en estado de embriaguez o con los efectos secundarios que*

*produce tal estado, o bajo la influencia de narcóticos, drogas enervantes o psicoactivos o con los efectos secundarios que ellos producen.*  
(...)

*Todo lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo que usted desarrolla tiene como función principal "Ejecutar las actividades que sean necesarias en la operación, para el alistamiento de los equipos y de los sistemas de planta, para el recibo o entrega a mantenimiento y el registro sistemático de los eventos e información volumétrica y operacional, de acuerdo con los parámetros de seguridad, salud ocupacional y respecto por el medio ambiente, se considera que el presentarse al sitio de trabajo bajo la influencia de alcohol y otras drogas afecta de manera directa la función que usted desarrolla.*

*Por lo expuesto anteriormente, la Empresa ha decidido dar por terminado su contrato individual de trabajo unilateralmente y con justa causa, a partir del 28 de abril de 2017, de conformidad con el artículo 78 numeral 11º, así como, el artículo 80 del Reglamento Interno de Trabajo y el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965."*

Así las cosas, previo a verificar si los hechos descritos efectivamente ocurrieron y si los mismos constituyen una violación a las obligaciones de los trabajadores de la demandada, y si se encuentran revestidos de gravedad, se entrará a revisar los argumentos expuestos por el recurrente, relativo a las irregularidades ocurridas dentro del procedimiento el día de los hechos, en lo que tiene que ver a la violación al debido proceso, pues en a su consideración, el protocolo que se realizó para la toma de prueba de alcoholemia se hizo por parte del personal de vigilancia de la empresa OCENSA SA, con base en las políticas de dicha empresa, las cuales no son guía para el seguimiento y manejo de uso de sustancias psicoactivas en ECOPETROL SA, su verdadero empleador.

En ese orden de ideas, quedó acreditado en el interrogatorio de parte, así como de la diligencia de descargos que, tenía programado recibir el turno de las 6 de la mañana del 7 de abril de 2017, por lo que conocía con anticipación que debía presentarse a trabajar, para desempeñar el cargo de Operador de Transporte B4, y que las responsabilidades que tiene a su cargo son básicamente la entrega y recibido de equipos, limpieza de filtros, ronda estructurada, entre otras. Así mismo, que tenía conocimiento que la función desarrollada por el actor requería estar alerta y tener altos niveles de atención.

Por otro lado, ha de traer a colación el numeral 4.2.3. verificación aleatoria de la Guía para el seguimiento y manejo del uso de sustancias psicoactivas en Ecopetrol SA elaborado el 20 de agosto de 2016, en la que indica:

#### *"4.2.3. Verificación Aleatoria*

*Estas pruebas aplican para el personal que realice actividades dentro de las instalaciones operativas y administrativas de ECOPETROL SA. Al ingreso, se selecciona de forma aleatoria a quienes se les practica esta prueba, utilizando balotas de color verde y rojo. Si la balota que saca el trabajador es de color verde no se le practica la prueba, y si la balota es de color rojo, se procederá a la realización de la prueba.*

*ECOPETROL se reserva la facultad de practicar pruebas de tamización relacionadas con el uso de sustancias psicoactivas o alcoholimetrías, en forma aleatoria o específica a los visitantes y proveedores.*

*Sí la persona seleccionada se niega, el respectivo jefe del área no autorizará el acceso y solicitará el retiro de las instalaciones.*

*ECOPETROL se reserva el derecho a incluir en los contratos la exigencia que los contratistas y subcontratistas hagan controles periódicos sobre uso de sustancias psicoactivas y alcoholimetrías entre sus trabajadores en las épocas y oportunidades en que estos realicen actividades en sus instalaciones, si sus labores se relacionan con los oficios críticos definidos en el numeral 4.2.4 de esta guía."*

Al contrastar la Guía para el seguimiento y manejo del uso de sustancias psicoactivas en Ecopetrol SA con los hechos ocurridos el 7 de abril de 2017, se tiene certeza, conforme el interrogatorio de parte, así como lo relacionado en la diligencia de descargos, que el actor en ningún momento negó la práctica de las pruebas realizadas el día en mención, amén del hecho de la primera prueba de aliento arrojara un resultado de 0,21 g/l, lo que generó la practica de una segunda prueba, con un tiempo de diferencia de 10 minutos, no implica *per ser* una violación, ya que conforme la referida guía mencionada, tan sólo se exige una prueba de tamización y una prueba confirmatoria siendo entonces la segunda de aliento potestativa para abrir la posibilidad a practicar la prueba de sangre por parte del empleador para verificar el esto de alcohol etílico en la sangre del ex trabajador, lo anterior con el fin de dar cumplimiento al manual que hace parte del contrato de trabajo que unió a las partes al cual deben someterse, máxime si se tiene en cuenta que el actor no aportó ningún medio probatorio que acredite que el procedimiento se lo realizó personal de la empresa OCENSA, precisando por otro lado que dicha manifestación no la hizo saber en la diligencia de descargos que le practicaron al actor, sino solo la trae a colación dentro de la presente *litis*, trayendo a colación igualmente el artículo 177 del CPC aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y SS y en correspondencia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la carga de una decisión absoluta, como la que impartió el *A quo*, pues no se allanó a la carga de probar sus afirmaciones.

De lo anterior se puede concluir en primer lugar que no fue objeto de manifestación por parte del demandante en la diligencia de descargos la inconformidad de haber sido practicada la prueba por un personal diferente al de Ecopetrol, y en segundo lugar, no se logro probar en el presente asunto que, la prueba inicial se la hubiese practicado la persona que dice el hecho la practicó, pues ha de resaltarse que si bien el día viernes 7 de abril de 2017, el actor estaba ingresando a las instalaciones de OCENSA, el demandante se dirigía a prestar el servicio para el cual fue contratado por ECOPETROL SA, y se solicitó la práctica de alcoholimetría establecido en el numeral 4.2.3. de la Guía para el seguimiento y manejo del uso de sustancias psicoactivas en Ecopetrol publicada el 20 de agosto de 2016, del cual tenía pleno conocimiento el demandante, del cual adicionalmente, en su numeral 4.3.3. refiere los valores límites para pruebas de verificación y en el inciso 1 dispone "*Alcohol: Ecopetrol clasifica como negativo un resultado menos a 0,02 g/l en sangre*", de conformidad con el límite establecido igualmente en la Ley 1696 de

2013, dando cabal cumplimiento la parte demandada a los procedimientos establecidos en la Guía tantas veces mencionada.

Hechas las anteriores aclaraciones, para la Sala es claro que al no haberse demostrado las manifestaciones realizadas por el recurrente, y por el contrario, tener por acreditado las dos pruebas de aliento con resultado de 21 mg/dl y posteriormente, con la prueba de sangre que arrojó 20,7 mg/dl (fl. 79), dando positivo de alcohol etílico en la sangre del actor para el 7 de abril de 2017, se considera como no apto para trabajar, teniendo en cuenta las funciones ejecutadas por el actor, pues las pruebas dieron cuenta que superó los valores límites establecido no solo por la Guía para el seguimiento y manejo del uso de sustancias psicoactivas en Ecopetrol publicada el 20 de agosto de 2016, sino por la Ley 1696 de 2013, sin que se desconozca el procedimiento adelantado por Ecopetrol, sino todo lo contrario, se observa que dio cabal cumplimiento al mismo, el cual tenía conocimiento el demandante.

Por otro lado, basta con precisar, que si bien pudo realizar la prueba el vigilante de la empresa OCENSA, lo cierto es que la misma trabajaba de manera mancomunada con ECOPEPETROL, resaltando además, que se encontraba el coordinador de planta de Ecopetrol, con el cual fue dirigido al centro de salud, donde se le practicó la prueba de sangre que ya se mencionó, sin dejar de lado, que si bien estaban en la planta de OCENSA, lo cierto es que estaba desarrollando actividades y funciones contratadas por ECOPEPETROL, para lo cual ambas demandadas debían controlar el ingreso de los trabajadores, despachando desfavorablemente las súplicas incoadas por el recurrente.

En ese orden, al remitirnos al numeral 11 del artículo 78 del reglamento interno de trabajo visto a folio 412 vuelto del plenario se dispone como faltas graves imputables al trabajador:

*“ARTICULO 78. Se consideran como faltas graves imputables al trabajador, para los efectos previstos en el literal a) numeral 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 o las normas que lo modifiquen, adicionen o reformen, las siguientes:*

*(...)*

*11. Presentarse al trabajo o permanecer durante la jornada laboral en estado de embriaguez o con los efectos secundarios que produce tal estado, o bajo la influencia de narcóticos, drogas enervantes o psicoactivos o con los efectos secundarios que ellas producen.”*

Así mismo, el Artículo 62 establece que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

*“6) Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos y convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”*

A su turno, el literal 1a) del Artículo 58 del CST dispone las obligaciones especiales del trabajador:

1a) Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

La jurisprudencia de la sala laboral de la H. Corte Suprema de justicia ha sostenido que frente a la gravedad de las causas establecidas en el Art. 62 del CST es calificada o determinada por las partes en el contrato de trabajo, o en el reglamento de trabajo, entre otros, conforme sucedió en el presente asunto.

Al respecto, es necesario traer a colación lo sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 28 de agosto de 2012, dentro de la providencia con radicación No 38855 del 28 de agosto de 2012, en la que adoctrino:

*“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato”.*

*En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta...”*

Lo anterior, para señalar que ante la mención de las faltas graves contempladas en el contrato de trabajo y el reglamento interno de trabajo, lo esencial en la demostración de su ocurrencia es la existencia misma y su aportación al proceso, de los documentos contentivos del supuesto de hecho denominado como falta y su calificación de grave, conforme se puede extraer del reglamento interno de trabajo visible a folios 400 a 414.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa conforme la prueba recauda dentro del plenario que, al actor se le garantizó el debido proceso, no solo con las tomas de muestra de alcoholimetría, sino con la diligencia de descargos, pues el demandante tuvo la oportunidad de defenderse y explicar las circunstancias que le estaban endilgando al actor, las cuales no fueron desvirtuadas en dicha oportunidad, así como tampoco en el presente proceso, propendiendo por el debido proceso y el derecho a la defensa a favor del actor, tal y como obra a folios 393 a 397 del plenario.

Así mismo, se encuentra debidamente acreditada la justa causa invocada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, pues acreditó la gravedad que traía superar el límite permitido en la prueba de alcoholimetría que se les practicaría aleatoriamente a los trabajadores, falta que se encuentra calificada como

grave dentro del numeral 11° del artículo 78 del Reglamento Interno de Trabajo, por lo que se encuentra debidamente acreditado el falta imputada al trabajador en la carta de terminación del contrato de trabajo.

Bajo las anteriores consideraciones, no le asiste derecho a la parte demandante al reintegro deprecado, por lo que se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

**COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2019 por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
RUSSY**

**Ponente**

(Rad. 11001310502120180006201)



**LORENZO TORRES  
RUSSY**

(Rad. 11001310502120180006201)



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

(Rad. 11001310502120180006201)