



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

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

Ordinario Laboral 1100131050 31 2019 00481 01
Demandante: JAVIER ALFONSO GARCÍA DÍAZ
Demandado: BANCO PICHINCHA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de diciembre del 2019, en tanto el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones del demandante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Javier Alfonso García Vélez* formuló demanda ordinaria laboral contra el *Banco Pichincha S.A* a efectos de que se declare que el Banco debe aceptar que la sanción impuesta al demandante, consistente en la terminación del contrato, es nula, por lo que debe ser reintegrado al cargo que venía desempeñando y en consecuencia condenar a la pasiva a reconocer y pagar los salarios dejados de cancelar desde el 4 de noviembre del 2016, las cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, compensación de las vacaciones, la indemnización por falta de pago de los salarios y prestaciones sociales, los perjuicios morales sufridos como consecuencia del descredito y deshonor, las costas y agencias en derecho, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente, solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que se vinculó con la pasiva el 15 de septiembre del 2008 como Director de Tesorería; que *Pichincha Compañía de Financiamiento S.A* y *Finevesa S.A* se fusionaron en una nueva empresa denominada *Inversora Pichincha S.A*, no obstante, el demandante continuó desarrollando el mismo cargo; que posteriormente es vendida a *AG Financial Consumer* y posteriormente se convierte en *Banco Pichincha S.A*.

Que el 15 de marzo del 2015 fue nombrado Vicepresidente Financiero del Banco Pichincha, que posteriormente se dio un cambio en la dirección del Banco y a partir de la llegada de la nueva presidencia el ambiente laboral comenzó a deteriorarse, realizando investigaciones internas para terminar los contratos de los empleados directivos de la empresa; que en octubre del 2017 fue llamado por la presidente para que presentara la renuncia, pero el libelista no accedió, ante lo cual se le informa que sería despedido y por ello, procede a tomar unos días de vacaciones.

Estando en vacaciones, fue requerido para notificarse de la apertura de una investigación disciplinaria, por lo que formuló una queja ante el Comité de convivencia del Banco al entender la situación como una persecución laboral; el 30 de octubre se surtió la diligencia de descargos, para posteriormente despedirlo, vulnerando sus derechos en el curso del proceso disciplinario.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada *Banco Pichincha S.A*, aceptó la relación laboral y sus extremos, pero se opuso a las demás pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que la relación laboral finalizó con fundamento en lo dispuesto en el artículo 62 del C.S.T, al haber incurrido el actor en una falta grave.

Propuso y sustentó como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de la obligación a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 3 de diciembre del 2019 declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, por el periodo comprendido del 15 de septiembre del 2008 al 31 de octubre del 2007,



absolvió a la convocada a juicio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Como sustentó de su decisión adujo el fallador de primera instancia que conforme la certificación de folio 45 se tiene acreditado que el demandante estuvo vinculado con la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido del 15 de septiembre del año 2008 al 31 de octubre del año 2017, percibiendo un salario integral.

Qu conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral el despido no es sanción disciplinaria y en el caso que nos ocupa al revisar el reglamento interno de trabajo se puede concluir que se consagró la obligación de adelantar un proceso disciplinario previo ni se lo catalogó al despido como una sanción disciplinaria.

Que en los alegatos de conclusión, el apoderado de la parte demandante indica que la conducta del demandante obedece a órdenes impartidas por sus superiores, es claro que la confesión que hace el apoderado de la parte demandante en el sentido de que efectivamente sí cometió esa conducta pero que fue una orden impartida por su superior.

Ahora bien, indica que se le endilgó al actor que presentó estados financieros inexactos ante la Junta Directiva, lo cual se confesó por activa, acreditándose al justa causa del despido, de lo cual solamente a partir del 23 de octubre del año 2017 la entidad demandada tuvo conocimiento real y preciso con las pruebas recabadas, por lo que además el despido no es extemporáneo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, es patente entrar a analizar la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta el despido del demandante debe ser declarado nulo y en consecuencia ordenar el reintegro del demandante o subsidiariamente disponer el pago de la indemnización por despido injusto.

c. Del vínculo Laboral:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual se extendió del 15 de septiembre del 2008 al 31 de octubre del 2017, en tanto la convocada a juicio jamás negó la relación laboral y a folio 45 reposa una certificación laboral de la pasiva que da cuenta de ello, por lo que la falladora de primera instancia declaró la existencia del vínculo laboral en dichos términos, sin que la misma fuera controvertida por las partes.

a. Del despido injusto:

Al respecto, es sabido que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración de la justeza del mismo.

Así las cosas, lo primero en lo cual repara esta Corporación es en la carta de terminación del contrato de trabajo del 31 de octubre del 2017 (Fls 39-43), mediante la cual el Banco informa al demandante sobre la terminación del contrato de trabajo, argumentando el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones de forma grave e inaceptable, siendo dable leer en algunos apartes de la comunicación, lo siguiente:

“(...) permitió que se ejecutaran aplicaciones de pagos a operaciones de cartera que no correspondían, es decir, que los fondos no correspondían a pagos realizados por los clientes a los que se les aplicó el pago.



(...) Usted permitió que se ejecutaran las mismas y de hecho participó de las decisiones que se tomaron al respecto, sin poner de presente ningún tipo de observación o reparo.

“Producto de las acciones desplegadas y que se insiste, eran de su conocimiento, las cifras de cartera y provisiones registradas en los estados financieros del Banco a los cierres de los meses de abril y mayo de 2017 no guardaron correspondencia con la realidad y veracidad de los hechos económicos ocurridos, lo que ocasionó que la información financiera del Banco correspondiente a los mencionados períodos, respecto de la cual era responsable, no se ajustara a la realidad conforme a los mandatos legales, lo que indica que Usted avaló estados financieros del Banco que no presentaban información clara, cierta, exacta, confiable y ajustable a la realidad, siendo una de sus principales responsabilidades la de vela por la información financiera del Banco.

“Lo que hace aún más grave su proceder, es que Usted reportó a la Junta Directiva información financiera no ajustada a la realidad, correspondiente a los estados financieros intermedios de los meses de abril y mayo de 2017, situación que comprendía la toma de decisiones de ese Órgano de la Administración y además constituía la no entrega de información exacta y confiable”.

Atendiendo a los argumentos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo del demandante, procedió la Sala a revisar el material probatorio arrimado al proceso en aras de corroborar si la pasiva acreditó la justeza del despido alegado, constatando en el material probatorio aportado que el 24 de octubre del 2017 fue citado a descargos en el cual se le exponen de forma detallada las razones por las cuales es citado, poniendo de presente los hechos que dieron posteriormente lugar a la terminación del vínculo laboral (Fls 142-143), los cuales fueron llevados a cabo el 30 de octubre del 2017 en los cuales acepta que sus funciones tienen que ver con la gestión de los recursos financieros del Banco, la supervisión de las áreas que generan la información contable y financiera, pero indica que no tuvo conocimiento de la aplicación de los pagos masivos a operaciones de cartera en los meses de abril y mayo del 2017, que tuvo conocimiento de la operación durante el proceso de auditoría de Ecuador, pero no le competía entrometerse en las auditorías de otras áreas, que la información reportada a la Junta Directiva corresponde exclusivamente a la firmada por el Representante Legal, el Contador y la Revisoría Fiscal, por tanto no acudió a ninguna instancia dado que afirma no haber tenido conocimiento de los hechos que se le endilgan.

Asimismo reposa el soporte de la Auditoría Interna realizada el 23 de octubre del 2017, en la cual se logra corroborar que el demandante aceptó que no disponen de documentos que soporten las decisiones que se tomaron, pero que eran conocimiento del anterior presidente y acepta que el registro contable efectuado no corresponde a una buena práctica, sin embargo el contador siguió las decisiones del VP de riesgos.



Reposa de igual manera el Código de Conducta de la entidad, en el que se puede corroborar que es obligación de los empleados reportar las reales y posibles violaciones al código, a las políticas del Banco y las leyes, así pues, los empleados deben reportar cuando existe un posible incumplimiento de las normas (Fl 194).

En el curso de los interrogatorios de parte, la pasiva admite que el demandante estuvo vinculado con la entidad hasta el 31 de octubre del 2017, que el actor era funcionario del Banco y fue Vicepresidente de Operaciones de Soporte y que el contrato del demandante finalizó por justa causa, por el incumplimiento de sus funciones.

A su turno, el demandante admite que la terminación del contrato se desempeñaba como Vicepresidente Financiero del Banco y que se encontraba a su cargo del Departamento de Contabilidad.

De otra parte, en el curso de los testimonios tenemos que el señor *Luis Javier Zapata Montoya*, Director Administrativo del Banco desde finales de agosto del 2017, le consta que al demandante se le inició un proceso disciplinario basado en una auditoría, que se citó a descargos y basado en eso se decidió la terminación del contrato, otorgando un término para aportar pruebas, incluso se solicitó una prórroga, la cual fue concedida; que él estuvo en la diligencia de descargos y el actor no manifestó inconformidad con la misma, que el demandante salió a vacaciones previo el proceso disciplinario, pero no le fue nombrado un reemplazo.

Indica que el demandante dentro de sus funciones tenía que vigilar básicamente todo el estado de resultados del Banco, responder por cifras, conocer los detalles de las cuentas, y todo lo que tiene que ver con la parte financiera y tesorería del Banco.

Igualmente, el deponente *John Mario Hernández Herrera*, Director de Contabilidad de la demandada sostiene que tuvo conocimiento de las operaciones de 2017 como producto de una auditoría que se realizó en Ecuador, en la que constataron que se generó normalizaciones de créditos que estaban en mora, y una vez se conoció el informe, hubo que hacer unos ajustes que generaron impactos negativos en el Banco, pues pasó de presentar utilidades a pérdidas; que los estados financieros están a cargo del contador, quien depende directamente del área financiera, siendo el actor a quien le entregaban la información, explicando las variaciones, las cifras y el por qué se dan los incrementos,



por eso antes de entregar la información a presidencia se socializa con el Vicepresidente Financiero.

Finalmente, *Diana Isabel Zorro Sánchez* abogada de la pasiva manifestó que conoció al demandante en la entidad pero dejó de prestar sus servicios debido a que a principios de julio de 2017 se produce un cambio en la presidencia de la entidad, realizándose un proceso de auditoría interna a la casa matriz del Banco en Ecuador, en virtud de la cual se inician unos procesos disciplinarios entre ellos el de *Javier Alfonso García*, y como resultado el Banco toma la decisión de proceder con su desvinculación, por cuanto se evidenciaron unos manejos inadecuados lo que alteró la realidad de la información financiera de la entidad, por lo menos para los períodos de abril y mayo de 2017, siendo que el actor en su condición de Vicepresidente Financiero, tenía a su cargo velar por la fidelidad de las cifras que se presentan en los estados financieros.

De cara a lo indicado en líneas precedentes, corrobora la Sala que tal y como lo confiesa el demandante, él tenía a cargo el Departamento de Contabilidad, lo cual concuerda con el dicho de los testimonios en especial el de *John Mario Hernández Herrera*, cuando expresa que el contador siempre socializa con el Vicepresidente Financiero la información contable a efectos de que este verifique que la información de los Estados Financieros sea real y acertada, tal como lo corrobora *Diana Isabel Zorro Sánchez*. Asimismo, se constata que como producto de una auditoría interna se logró constatar que en los estados financieros de la entidad para los meses de abril y mayo de 2017 se presentó una información errada, respecto del recaudo de cartera, situación de la cual tenía conocimiento el demandante, acorde se colige del mismo informe de auditoría de folios 160 a 163, desmintiendo lo indicado por el demandante en sus descargos cuando afirmó que no tenía conocimiento de dicha circunstancia, pues lo cierto fue que durante la auditoría reconoció verbalmente que sí lo sabía y así quedó plasmado en la misma.

De cara a lo indicado salta de bulto que el demandante sí incurrió en las faltas que dieron lugar a la terminación de su contrato de trabajo, pues no informó a la compañía sobre la errada información que se estaba presentando en los estados financieros a la Junta Directiva, por tanto, es patente que la encartada logró probar los hechos que enmarcaron la justeza del despido del demandante por el claro incumplimiento de sus obligaciones laborales y del código de conducta de la entidad.



En claro lo enunciado, para esta Sala no existe duda en que el despido del actor acaeció con justa causa, por el incumplimiento grave de una de las obligaciones pactadas por las partes acorde lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, numeral 6°, decisión que se tomó oportunamente, en tanto el Banco solo tuvo conocimiento de los hechos tras la realización de la auditoria.

En lo tocante al proceso disciplinario establecido en el artículo 53 del Reglamento Interno de Trabajo se corrobora que el mismo no alude a un procedimiento previo al despido, sino al procedimiento a seguir previa la imposición de una sanción disciplinaria, siendo acorde la decisión del *a-quo* al argumentar que el despido injusto no es una sanción disciplinaria.

Merece igualmente resaltar que la presente providencia, no desconoce el derecho al debido proceso que le corresponde al trabajador, por tanto es menester de la Sala recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia SL 2351 del 2020, con Radicación 53676 del 8 de julio del 2020, explicó:

“En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

No obstante, en el presente juicio la pasiva cumplió con la obligación de escuchar al trabajador previó a su despido, por cuanto este fue debidamente citado a diligencia de descargos, se surtió la misma en legal forma y se le brindó la oportunidad de allegar pruebas si a bien lo tenía, todo lo cual comporta un adecuado cumplimiento del derecho al debido proceso.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Implica lo aquí anunciado que ninguno de los pedimientos del libelo genitor tienen vocación de prosperidad y en tal sentir, se confirmara íntegramente la sentencia apelada.

Se conforme la condena en costas **SIN COSTAS** en esta instancia en tanto no se causaron.

V. DECISIÓN

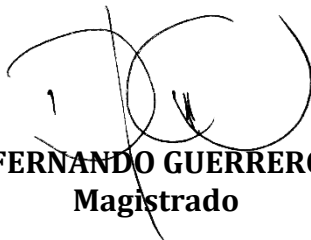
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2019 00515 01
Demandantes: NELLY JOSEFA LEON CAÑAS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO:

En consideración a la sustitución del poder allegada por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor *Felipe Alberto Granados Preciado* identificado con C.C. No. 1.018.418.797 y T.P No. 222.106 del CSJ en calidad de apoderada de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Porvenir S.A* y *Protección S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Nelly Josefa León Cañas*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, *Protección S.A* y *Porvenir S.A*, para que se declare la nulidad del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1° de mayo de 1998 o la vinculación a este último ante la omisión en el deber de información.

Como consecuencia de lo anterior, condene a *Protección S.A* a restituir a *Colpensiones* los valores obtenidos por la vinculación de la demandante, a *Colpensiones* a contabilizar las semanas cotizadas por la demandante, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que estuvo afiliada al *Instituto de Seguros Sociales* desde el 22 de marzo de 1988; el 1° de mayo de 1988 se trasladó a *Porvenir S.A* sin haber recibido un asesoramiento e información completa, transparente, clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional.

Por lo anterior, mediante solicitud con radicado No 2016_8076475, petición a *Colpensiones* el traslado de régimen.

Que el 28 de octubre del 2011 con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre del 2011 se trasladó a *Protección S.A* y actualmente se encuentra vinculada a dicha entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que se opone a las pretensiones como quiera que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

Propuso y sustentó las excepciones que denominó inexistencia del derecho y la obligación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y la genérica.

Porvenir S.A contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que la afiliación no presenta vicios del consentimiento, por tanto, tiene plena validez.

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

Por su parte, *Protección S.A*, indicó que la demandante tomó la decisión de trasladarse a *Old Mutual* desde el año 2011, traslado efectivamente válido a la luz de la legislación vigente.



Propuso y sustentó las excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 9 de diciembre del 2019, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado del régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado en 1998, condenó a *Protección S.A* a transferir a *Colpensiones* la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por gastos de administración, condenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de la demandante y condenó en costas a la accionada.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se trasladó a *Porvenir S.A* en el año 1998, sin que se acreditara que se haya dado la información suficiente respecto de los beneficios y desventajas que le acarrea el traslado de régimen, pues de la prueba documental y del interrogatorio de parte no se demuestra una situación contraria.

Para tal efecto estimó que las accionadas no cumplieron con la carga de la prueba en virtud de la inversión de la misma, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, citando la sentencia SL12136/2014, pues del formulario allegado solo se puede constatar que se suscribió, más no se puede establecer si se le dio información completa y clara sobre las características de cada régimen, o si se le puso de presente sus derechos y obligaciones previstos en los artículos 97 y 114 de la Ley 100 de 1993. Que si bien es cierto que se le informó que se podía pensionar antes de tiempo, no se le explicó la forma como podía hacerlo; y al no probarse la existencia un consentimiento libre e informado por parte de las AFP el acto jurídico se estima como ineficaz.

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

La apoderada de la AFP *Porvenir S.A*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que la demandante actuó de forma libre y voluntaria, máxime cuando hizo dos traslados; que el Despacho estimó que una



falta de comunicación de la demandante cuando le faltaban 10 años para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no obstante para dicha data la demandante no se encontraba afiliada a *Porvenir S.A*, sino que estaba afiliada con *Old Mutual S.A*. Igualmente, difiere respecto del análisis realizado frente a la prescripción.

Por su parte, *Protección S.A* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se debe relevarla de devolver los gastos de administración, en tanto la demandante cuando realizó el traslado horizontal ya estaba en la prohibición legal de trasladarse a *Colpensiones*, aunado a ello la actividad de la demandada se ha realizado dentro del marco de un objeto y causa legal.

Finalmente, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la



obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada



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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 10 de marzo de 1998 (Fl 95), y a *Protección S.A* del 28 de octubre del 2011 (Fl 117) los que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría, en tanto se limitó a expresar que para la fecha del traslado laboraba en una empresa en la cual le dijeron que recibiera al asesor y este les indicó que el ISS se iba a liquidar, además que estar en *Colpensiones* o en la AFP era similar.

Del material probatorio es claro que no se acreditó que la actora haya recibido ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para



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

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

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

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

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

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

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

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos



e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

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

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



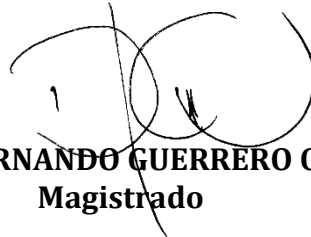
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

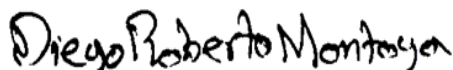
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 16 2019 00066 01
Demandante: JOSÉ VICENTE ARÉVALO MORENO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Alida del Pilar Mateus Cifuentes* identificada con C.C No 37.626.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Vicente Arévalo Moreno*, instauró demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que la demandada es responsable de asumir los aportes en mora comprendidos entre el 1º de abril de 1990 y el 31 de diciembre de 1994 que hubiese laborado con el empleador Estación la Fragueta, interregno con el cual acredita 1000 semanas de cotización al sistema.

Por consiguiente, se condene a la encartada a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos contemplados en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, prestación que se debe reconocer a partir del 1 de junio de 2006 y sobre 14 mesadas anuales, junto con el pago de intereses moratorios e indexación.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que nació el 23 de mayo de 1941, por lo que cumplió 60 años de edad el 23 de mayo de 2001, así como que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad.

Que el 19 de noviembre de 2001, presentó solicitud de reconocimiento pensional ante el entonces Instituto de Seguros Sociales, el que mediante Resolución No. 0641 de 2002 negó el derecho prestacional al no contar con el número mínimo de semanas exigidas en la norma.

Seguidamente indicó que, laboró al servicio del empleador Estación la Fragueta desde el 1 de abril de 1975 hasta 1 de mayo de 1984 y desde el 1º de abril de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1994, para un total de 722 semanas, sin que la encartada haya tenido en cuenta las 247.86 semanas de cotización del periodo comprendido entre el 1º de abril de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, al existir deuda de no pago por parte del empleador.

Que en razón de lo anterior, cuenta con un total de 1.127.86 semanas de cotización en toda su vida laboral, de las cuales 501.28 fueron efectuadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, así como que en el mes de junio de 2006 lo retiraron del sistema prosperar por contar con más de 65 años de edad, aunado a que mediante Resolución No. 032325 de 2007, le fue negada nuevamente la prestación bajo el entendido que no contaba con la densidad de semanas exigidas en la norma, negativa que se mantuvo en las Resoluciones No. 029682 de 2008 y SUB 330968 de 2018.

Por último, adujo que mediante Resolución No 044788 de 2008, se le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$4.697.098.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el empleador la Estación la Fragueta registró como trabajador al demandante para el tiempo comprendido entre el 1 de abril de 1975 y el 1 de mayo de 1984, sin que le conste con posterioridad el tiempo pretendido por el accionante como quiera que no obra prueba al respecto.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, configuración de allanamiento a la mora, compensación, buena fe, prescripción y caducidad, e innominada o genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado dieciséis Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de febrero de 2020, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición con 14 mesadas pensionales al año a partir del 1º de julio de 2006, ordenando que el pago del retroactivo se realice debidamente indexado al momento del pago.

Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas anteriores al 22 de enero de 2016.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que atendiendo los lineamientos de la Ley 100 de 1993, las administradoras de pensiones tienen varias obligaciones y deberes, como lo es el cobro coactivo que les corresponde en tratándose de empleadores en mora frente al pago de sus cotizaciones conforme lo regula el artículo 24 de dicha normativa, en concordancia con los postulados emanados tanto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional.

Que confrontado el historial de semanas emanado por *Colpensiones*, el demandante registra en su historia laboral 880.86 semanas cotizadas al 30 de junio de 2006, sin que la encarta haya tenido en cuenta los tiempos laborados al servicio del empleador la Estación la Fragueta por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, a pesar de existir un reporte del año 2001 emitido por el antiguo ISS, el cual refleja que en efecto dicho empleador adeudaba los referidos periodos, los cuales no fueron cobrados por la encartada a pesar que así la obliga la Ley 100 de 1993, de ahí que ese tiempo deba ser imputado y en tal sentido, el actor ostente un total de 1.124.86 semanas.

Seguidamente, concluyó que el demandante es beneficiario del régimen del régimen de transición por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que lo fue el 1º de abril de 1994, contaba con 52 años de edad, siendo a su vez merecedor de la pensión de vejez contemplada en el Decreto 758 de 1990, por cuanto ostentó más de 1.000 semanas al año 2010 y los 60 años que consagra norma, derecho que ostentó a partir del 1º de junio de 2006 ya que su última cotización se efectuó para el mes de junio de dicha anualidad.

Adujo igualmente que, si bien el demandante solicitó la pensión de vejez en varias oportunidades, tan solo hasta el 23 de enero de enero de 2019 instauró la presente demanda, de ahí que las mesadas causadas con anterioridad al 23 de enero de 2016 se hayan declarado prescritas, prestación que además reconoció junto con las mesadas



adicionales de junio y diciembre en tanto el estatus se ostentó antes de los límites de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005.

Frente al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, consideró que, al existir distintas peticiones referentes al pago de la pensión, tal actuar no es óbice para la condena por este concepto, pues existiría prescripción de los mismos, máxime si para el año 2007 y 2008 ya se encontraba consolidado el derecho y el actor instauró demanda en el año 2019, por lo que dispuso que la condena se ordenara pagar debidamente indexada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso sobre la absolución en el pago de los intereses moratorios, por cuanto tenía derecho a la pensión de vejez, y a pesar de ello la encartada no imputó los periodos decretados por el fallador de instancia, lo que advierte el mal actuar de la entidad, de ahí que los intereses deban reconocerse a partir de los cuatro meses siguientes a la fecha de la última solicitud, que lo fue el 5 de diciembre de 2018.

A su vez Colpensiones sustenta la alzada en que si bien se evidenció que el empleador Estación la Fragueta adeudó aportes por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, esta obligación no se le puede atribuir como entidad sino que dicha responsabilidad recae al empleador conforme lo regula el artículo 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, aunado a que dentro del plenario no reposa alguna prueba que demuestre que el actor hubiese tenido relación laboral con la Estación la Fragueta por los periodos alegados. Asimismo, que en caso de existir condena, se disponga los respectivos descuentos en salud.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez pretendida en los términos consagrados en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, en razón a



que la encartada no le tuvo en cuenta los tiempos laborados con el empleador Estación la Fragueta por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, junto con el pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que, no fue objeto de reproche que la demandada mediante Resoluciones No. 000641 de 2002, 032325 de 2007, 029682 de 2008 y SUB 330968 de 2018 (Fls. 3, 14 a 15, 16 a 19 y 31 a 35), negó el derecho pensional del demandante, bajo el entendido que no acreditaba la densidad de semanas para ser beneficiario del estatus pensional deprecado.

Tampoco fue objeto de reproche que al actor a través de Resolución No. 044788 de 2008, la pasiva le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de \$416.935, ni que al 30 de junio de 2006, la encartada certificó como se aprecia del reporte de semanas, que el demandante cotizó un total de 880.86 semanas (Fls. 4 a 5).

Así las cosas, el reproche principal para la prosperidad al derecho pensional, gira en torno a que la demandada no asumió el pago de los aportes dejados de efectuar el empleador Estación la Fragueta por el periodo comprendido entre el 1 de abril de 1990 y el 31 de diciembre de 1994.

El mentado reporte de semanas da fe que el empleador Estación la Fragueta, previo a los periodos pretendidos como imputación, efectuó cotizaciones al demandante desde el 1 de abril de 1975 hasta el 1 de mayo de 1994, para un total de 474.14 semanas.

Ahora bien, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3790-2020, Radicación No. 74184 del 30 de septiembre de 2020, en lo que respecta al pago por concepto de aportes en mora de la índole que atañe al presente asunto manifestó:

“Ahora bien, lo que genera distanciamiento del censor con la sentencia cuestionada, es la regla jurídica en virtud de la cual, los aportes al sistema de pensiones que se registren en mora o no son cancelados por el empleador correspondiente, deben ser validados por las administradoras de fondos de pensiones, para el reconocimiento de las pensiones derivadas del sistema, si no acreditan el ejercicio de las acciones de cobro que les atribuye la ley, dado que dicho razonamiento, a su juicio, invierte el esquema de responsabilidades establecido legalmente, a la vez que promueve una cultura de no pago y afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

“Dichas disertaciones en repetidas oportunidades han sido analizadas por la Corte, en las que se ha reiterado la regla jurídica asumida por el Tribunal, en virtud de la cual, conforme a la interpretación armónica de los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 y a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, es adecuada,



en tanto permite concluir que la mora del empleador en el pago de los aportes, no afecta la validez de las semanas de cotización de un afiliado, cuando la entidad de seguridad social no acredite el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

“Ello es así, en criterio de la Corte, porque la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

“También enseñó en sentencia CSJ SL984-2019, que no se trata de avalar el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones,

[...] pues a la conclusión cuya revisión impetra la recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que integran el sistema e imponen obligaciones a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo.

“En sentencia CSJ SL348-2019 en la que se estudió un asunto de similares contornos, frente a los reparos formulados por la misma sociedad recurrente, esta Sala dijo:

“En ese sentido, las pautas jurisprudenciales precedentes a las que acude el recurrente han sido justificadamente superadas por la Sala, a partir de premisas tales como que, en el caso de los trabajadores dependientes, la cotización se causa a partir de la prestación efectiva del servicio (CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 33476, CSJ SL5987-2014); que es el fondo de pensiones el que tiene a su alcance medidas legales eficaces para perseguir el pago de las cotizaciones (CSJ SL4932-2014); que el trabajador no puede asumir las consecuencias de conductas omisivas del empleador ajenas a su responsabilidad; y que, en dicha medida, la cotización debe ser validada, por el periodo correspondiente a su causación, así hubiera sido pagada de manera extemporánea (CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 40852, CSJ SL782-2013).

“Ahora bien, contrario a lo aducido por la censura, la orientación jurisprudencial construida por la Corte en el tema estudiado encuentra pleno respaldo en las reglas sobre distribución de responsabilidades entre los agentes partícipes del sistema de pensiones; está abrigada por principios de la seguridad social como la eficiencia, la unidad y la integralidad; asegura la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, ajeno a la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad; y no afecta las bases de financiación de las prestaciones, fundadas en el recaudo oportuno de los aportes, a cargo de los fondos, y en sistemas especiales de aseguramiento, con aseguradoras contratadas para tales fines.

“Cabe advertir, finalmente, que las objeciones de la censura a la orientación defendida por la Sala se apoyan en meros supuestos especulativos, sin respaldo objetivo alguno, pues, entre otras cosas, la evasión en el pago de aportes al sistema es algo que, por mandato legal, corresponde perseguir a los propios fondos de pensiones, además de que las presuntas conductas fraudulentas constituyen supuestos que corresponde analizar en cada caso, pero que no pueden ser enarbolados en abstracto, para afectar los derechos fundamentales de los afiliados.

Así las cosas, conforme se corrobora a folios 7 a 20 del expediente, documentales que reposan en el expediente administrativo allegado en medio magnético por la



demandada (Fl. 56), obran los periodos de afiliación al régimen de pensiones en el Instituto de Seguros Sociales, que este emitiera el 4 de diciembre de 2001. Dentro de su contenido se advierte que efectivamente el empleador Estación la Fragueta afilió al demandante inicialmente por el periodo comprendido entre el 1 de abril de 1975 y el 1 de mayo de 1984 (Fl. 8).

Seguidamente, a folio 9 se refleja que el empleado Estación la Fragueta efectuó un segundo periodo de aportes respecto del empleado y sobre los periodos que se alegan, esto es, desde el 1 de abril de 1990 hasta el hasta el 31 de diciembre de 1994 con número de empleador 1006116409, el cual refleja deuda por concepto de invalidez, vejez y muerte de \$1.709.503, enfermedad general de \$1.532.914, accidente de trabajo y enfermedad profesional de \$428.476, para un total adeudado de \$3.670.873 con un estado de nota débito.

Al unísono, en la Resolución SUB 330968 del 27 de diciembre de 2018, que le fuere notificada al demandante el 11 de enero de 2019 (Fls. 32 a 35), la pasiva en su parte motiva se refiere a la corrección de la historia laboral del demandante exponiendo que *“De acuerdo a su solicitud y validando los ciclos pertinentes al 01 de abril de 1990 al 31 de diciembre de 1994 para el empleador Fragueta Ltda con No. Patronal 01006116409 del señor JOSÉ VICENTE ARÉVALO MORENO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No.17.056.985, no se evidencia pagos en pensión para cargue de los ciclos en mención”*.

De las probanzas anteriormente analizadas, puede concluir la Sala sin discusión alguna, que en efecto en el año 2001 el antiguo Instituto de Seguros Sociales acreditó como deuda el periodo comprendido entre el 1 de abril de abril de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, el cual arroja 244.53 semanas, y que con posterioridad *Colpensiones* en la Resolución SUB 330968 del 27 de diciembre de 2018 los aceptó como adeudados, de lo que se colige que existió afiliación en ese interregno; circunstancia por la cual, atendiendo los postulados que en materia jurisprudencial se ha venido tratando en materia de aportes en mora, el periodo pretendido habrá de tenerse en cuenta como semanas realmente cotizadas con el fin de estudiar la pensión deprecada, máxime si se tiene en cuenta que la demandada en el transcurrir del trámite procesal no acreditó las acciones de cobro respectivas.

De la pensión pretendida:

Pretende la parte demandante, le sea reconocida la pensión de vejez en los términos regulados en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece frente al tema específico de la transición que para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora bien, en el caso del demandante, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, la cual reposa a folio 2, se tiene que nació el 23 de mayo de 1941, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 52 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiario del régimen de transición.

Como se manifestó en precedencia, al emitirse el referido Acto Legislativo 01 de 2005, si bien el mismo condicionó una ampliación del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, igualmente asentó que no se extendería más allá del 31 de julio de 2010; circunstancia por la cual, aquellas personas que tuvieran requisitos pensionales de prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993 para dicha calenda, podían sin lugar a dudas acceder a su derecho prestacional.

En tal sentido, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando estos cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

El demandante cumplió la edad exigida el 23 de mayo de 2001, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1941, y al confrontar los tiempos cotizados, incluyendo el periodo comprendido entre el 1 de abril de 1990 y el 31 de diciembre de 1994 por el empleador Estación la Fragueta, se tiene que en toda su vida laboral cotizó un total de 1.125.39 semanas, siendo su último aporte en el mes de junio de 2006, fecha límite en que podía realizar aportes al contar con 65 años de edad, semanas que se describen a continuación:



	EMPLEADOR	DESDE	HASTA	SEMANAS
	LADRILLO SAN EDUARDO	1/08/1967	1/03/1968	30,57
	LADRILLERA MONSERRAT	6/05/1968	21/08/1968	15,43
	PASTEURIZADORA LA AL	14/08/1968	24/02/1970	80,86
	LADRILLERA SAN JOSÉ	1/12/1971	1/02/1972	9
	SIN NOMBRE	3/07/1972	1/09/1973	60,86
	CIFUENTES CASTRILLÓN	16/10/1974	31/03/1975	23,86
	ESTACIÓN LA FRAGUITA	1/04/1975	1/05/1984	474,14
	CIFUENTES Y BECERRA	28/11/1984	1/12/1984	0,57
	INDUSTRIAS EL TABOR	19/07/1985	27/11/1985	16,86
	OCHOA GALINDO JORGE	5/12/1985	8/06/1986	26,57
PERIODO EN MORA	ESTACIÓN LA FRAGUITA	1/04/1990	31/12/1994	244,53
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/08/2002	31/01/2003	25,71
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/02/2003	31/03/2003	8
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/04/2003	31/08/2003	20
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/09/2003	31/10/2003	8
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/11/2003	30/11/2003	4
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/12/2003	31/12/2003	4
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/01/2004	31/01/2004	3,43
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/05/2004	31/07/2004	9
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/09/2004	30/11/2004	12,86
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/07/2005	31/01/2006	30
	JOSÉ VICENTE ARÉVALO	1/02/2006	30/06/2006	17,14
	TOTAL SEMANAS			1125,39

Bajo este escenario, es evidente que el actor al 31 de julio de 2010, fecha que en inicio fue límite por el Acto Legislativo 01 de 2005 para ostentar el estatus pensional de normas anteriores a la Ley 100, ya acreditaba su derecho pensional a la luz del Decreto 758 de 1990, pues como se dijo, contaba con más de 1.000 semanas, análisis que fue realizado por el fallador de instancia.

Así las cosas, se concluye que el aquí demandante es beneficiario del régimen de transición, y por consiguiente merecedor de la pensión en los términos del Decreto 758 de 1990.

Frente a la mesada pensional, si bien el demandante cumplió el requisito pensional el 23 de mayo de 2001, calenda en que cumplió los 60 años de edad, su última cotización la efectuó en el mes de junio de 2006, situación de la que se puede colegir la desvinculación del sistema a partir del 1 de julio de 2006 conforme lo dispone el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, mismo tópico que determinó el *a-quo*.

Sobre el monto de la primera pensional, se tiene que el demandante acreditó durante toda su vida laboral un total de 1.125.39 semanas, por lo que al haber efectuado aportes sobre un salario mínimo, es palmario que su mesada pensional sea sobre dicho valor, más aún si este aspecto no fue apelado en los recursos de alzada, por lo que la decisión de primer grado se confirmará sobre este puntualísimo aspecto.

En lo que refiere a la mesada 14, también será atendible lo decidido por el *a-quo*, pues el demandante cumplió los 60 años de edad el 23 de mayo de 2001, es decir, con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que sin lugar a dudas es merecedor de su prestación con 14 mesadas pensionales al año, máxime si la pensión es inferior a tres (3) S.M.L.M.V., conforme lo regula el Parágrafo transitorio 6º de la norma en comento.



De la excepción de prescripción:

Como quiera que la demandada *Colpensiones* formuló la excepción de prescripción, la misma se declarará probada parcialmente, pues como se aprecia del paginario, el demandante en reiteradas ocasiones elevó solicitudes de reconocimiento pensional ante la encartada, como lo fue en el año 2001, posteriormente en el año 2008, sin que hubiese presentado acción ordinaria, última que tan sólo vino a presentarse el 23 de enero de 2019 según se advierte del acta individual de reparto (Fl. 46), lo que conduce a que lo decidido por el fallador de instancia en este aspecto se mantenga incólume, toda vez que declaró prescritas las mesadas pensionales con anterioridad al 23 de enero de 2016, en atención del término trienal prescriptivo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 155 del C.P.T y de la S.S.

De los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Alega el demandante que la condena por este concepto es procedente al no haber tenido en cuenta los aportes deprecados para así haber obtenido su derecho pensional.

Le asiste derecho al demandante, en tanto ese vidente que conforme se analizó a lo largo de esta decisión, la encartada no computó los aportes que era de su deber recaudar ante el respectivo empleador conforme a la facultad que le otorga la Ley 100 de 1993, situación que como se dijo, no logró ser demostrada dentro del plenario, y que a su vez no se le puede endilgar al pensionado, de ahí que resulte la procedencia de este concepto, aspecto que también se acompasa con la disposición emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3130-2020, Radicación No. 66868 del 19 de agosto de 2020.

A pesar de lo anterior, los intereses no se reconocerán desde la calenda pretendida, ello en razón a que al igual que la excepción de prescripción, el actor elevó solicitudes en el año 2001 y 2008, presentando demanda tan solo el 23 de enero de 2019 (Fl. 46), de ahí que el pago de los mismos, corran la misma suerte al de las mesadas pensionales, por lo que los intereses se reconocerán a partir del 23 de enero de 2016 y hasta que se efectúe el pago de la pensión junto con el respectivo retroactivo.

Como consecuencia de lo aquí decidido, se revocará parcialmente el numeral primero de la sentencia apelada, como quiera que allí se reconoció la indexación de las mesadas pensionales.

Como quiera que el Juez de instancia no calculó el monto del retroactivo adeudado, la Sala procede con lo respectivo por el periodo comprendido entre el **23 de enero de**



enero de 2016 y el 30 de octubre de 2020, con una mesada equivalente al salario mínimo para los correspondientes años y sobre 14 mesadas pensionales en los siguientes términos:

Desde	Hasta	Meses	Mesada pensional	Subtotal
23/01/2016	31/12/2016	13,23	\$ 689.455,00	\$ 9.121.489,65
1/01/2017	31/12/2017	14	\$ 737.717,00	\$ 10.328.038,00
1/01/2018	31/12/2018	14	\$ 781.242,00	\$ 10.937.388,00
1/01/2019	31/12/2019	14	\$ 828.116,00	\$ 11.593.624,00
1/01/2020	30/10/2020	11	\$ 877.803,00	\$ 9.655.833,00
Total				\$ 51.636.372,65

Así las cosas, el retroactivo pensional con corte al 31 octubre de 2020, asciende a la suma de \$51.636.372.65, monto respecto del cual *Colpensiones* deberá descontar los aportes a salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, último aspecto que el Juez primigenio tampoco tuvo en cuenta.

Por último, deberá descontarse igualmente de dicho retroactivo el valor pagado al demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuese otorgada mediante Resolución No. 044788 de 2008 por valor de \$4.16.935, valor sobre el cual deberá imputársele el descuento por concepto de salud.

Por todo lo dicho, la sentencia de primer grado habrá de revocarse parcialmente. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

- a) **CONDENAR** a Colpensiones por concepto de retroactivo pensional a favor del demandante, el periodo comprendido entre el 23 de enero de 2016 y el 31 de octubre de 2020 en la suma de \$51.636.372.65, de conformidad con las



consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, suma sobre la cual la encartada deberá descontar los aportes en salud conforme lo regula el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, descuento que también se debe realizar con las mesadas que se causen a futuro.

- b) **ORDENAR** a Colpensiones igualmente a descontar del valor del retroactivo lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuese otorgada al actor mediante Resolución No. 044788 de 2008 por valor de \$416.935, valor sobre el cual deberá imputársele el descuento por concepto de salud.
- c) **CONDENAR** a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de enero de 2016 y hasta la fecha en que se efectúe el correspondiente pago, por lo cual se **ABSUELVE** de la indexación.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2019 00514 01
Demandante: MARÍA MERCEDES TURBAY MARULANDA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá. Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, toda vez que las condenas impuestas fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Mercedes Turbay Marulanda*, formuló demanda en contra de *Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación que efectuara en noviembre de 1995 que en la actualidad administra *Protección S.A.* y en el 2006 ante *Colfondos S.A.*, por existir engaño y asalto en su buena fe. Por consiguiente, se ordene a *Colpensiones* a registrar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

Así mismo, que se le condene a *Colpensiones*, a reconocer la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2010, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, al ser beneficiaria del régimen de transición, con una tasa de reemplazo del 84% del ingreso base de liquidación de las últimas cien (100) semanas cotizadas, en atención de lo regulado en el artículo 20 de la mentada disposición.

Que de manera subsidiaria, se liquide su prestación teniendo con el ingreso base de cotización de los últimos diez (10) años cotizados, según lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con el pago de intereses moratorios.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que realizó una serie de cotizaciones ante distintos empleadores, y a finales del año de 1995, los asesores de la antigua *AFP Colmena*, motivaron su traslado ante un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que realmente podría tener con el entonces *Instituto de Seguros Sociales* al momento de pensionarse, así como que podría tener una pensión en cualquier tiempo sin importar la edad, que podría obtener una mesada pensional superior a la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin importar la edad, entre otros aspectos más, los cuales conllevaron a que se trasladara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que en el mes de junio de 2006 se trasladó a *Colfondos S.A.*

Expuso además que durante toda su vida laboral cotizó un total de 1.174 semanas, efectuando su último aporte al sistema de pensiones el 30 de noviembre de 2010; que nació el 5 de mayo de 1955, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad, y cuenta con más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, aunado a que arribó a 55 años de edad el 5 de mayo de 2010.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo que no procede la declaratoria de nulidad, puesto que al ser taxativas las causales de nulidad, es potísimo probarlas en el proceso.

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

Colfondos S.A., manifestó que la actora suscribió el formulario de afiliación el 4 de mayo de 2006, como traslado de administradora de *Protección S.A.*, sin que exista indicio alguno para considerar que se presentó un vicio del consentimiento o falta de asesoría, toda vez que no presentó algún requerimiento ante sus dependencias sobre indebida asesoría comercial. Asimismo, resaltó que en atención de lo contemplado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-1024 de 2004, la actora no cumple con los requisitos para trasladarse. No formuló excepciones.



Protección S.A., se opuso a la prosperidad del petitum, teniendo como argumento que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado que realizara la demandante ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 18 de septiembre de 1995, por lo que condenó a *Colfondos S.A.* a transferir con destino a *Colpensiones* la totalidad de los aportes efectuados por la actora, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descuentos por concepto de administración, y a su vez condenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado y tener en cuenta para todos los efectos pensionales las mesadas cotizadas.

Asimismo, condenó a *Colpensiones* al reconocimiento y pago a favor de la demandante, de la pensión de vejez a partir del 5 de mayo de 2010, con IBL de \$4.405.896.53, aplicando una tasa de reemplazo del 61.22%, el cual arrojó una mesada pensional para el año 2019 de \$3.789.373, con 13 mesadas pensionales anuales; con un retroactivo pensional por el periodo comprendido entre diciembre de 2011 y noviembre de 2019 en la suma de \$340.017.297, autorizando además a *Colpensiones* a realizar los descuentos de salud.

Para arribar a dicha conclusión, en lo que concierne al traslado de régimen pensional, concluyó que en atención de los parámetros jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a la AFP privada acreditar que suministró una debida información a la demandante, aspecto que en este caso no logró ser probado por *Protección S.A.* teniendo en cuenta que la demandante suscribió el formulario de afiliación el 18 de septiembre de 1995 ante la antigua AFP *Colmena*, ya que no enrostró que hubiese suministrado una decisión informada que permitiera una manifestación de la voluntad autónoma y consiente, ni explicando cuál de los dos regímenes resultaba más favorables.

En lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez, dijo que la actora al haber nacido el 5 de mayo de 1955 contaba con 38 años de edad, de ahí que sea beneficiaria del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, considerando por otra parte, que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de



2005, por contar con 706 semanas cotizadas, el régimen transicional se había extinguido.

De ahí, que haya analizado la prestación a la luz de lo regulado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por lo que al alcanzar la edad de 55 años al 5 de mayo de 2010 y acreditar un total de 1.194 semanas, concluyendo que el IBL se le debía calcular con los últimos 10 años de servicios, arrojando un monto de \$4.405.596.53, al que le fue aplicada una tasa de reemplazo del 61.22%, por lo que determinó un valor de la mesada pensional para el año 2019 de \$3.389.373 con 13 mesadas al año.

Declaró probada la excepción de prescripción de manera parcial, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de diciembre de 2011.

Por último, no accedió al pago de los intereses moratorios por cuanto, la entidad no se encontraba afiliada a *Colpensiones*, y es a partir de esta sentencia que se genera el reconocimiento de la pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló, exponiendo en su argumento que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas, sumado a que, ni siquiera es necesario hacer uso del Parágrafo Transitorio 4º del mentado Acto Legislativo, como quiera que los requisitos pensionales los ostentó en el año 2010, sin necesitar que le fuera prorrogado el estudio del derecho hasta el año 2014; circunstancia por la cual, su pensión debe ser reconocida en los términos del Decreto 758 de 1990, con 14 mesadas pensionales al año.

Que también deben prosperar los intereses moratorios, toda vez que las administradoras privadas son las causantes del perjuicio que aquí se deprecia.

Por último, que la prescripción debe declararse como no probada, en atención a que las reclamaciones fueron efectuadas en su debido momento.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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



b. Problema jurídico:

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

En segundo lugar, se analizará en su integridad el derecho pensional pretendido, ya que así lo sostuvo el apelante en el recurso de alzada, y en virtud a que el presente asunto se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta.

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la



afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación ante la antigua AFP Colmena, hoy Protección S.A., del 18 de septiembre de 1995 (Fl 250), en el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni se aportó medio de convicción que acreditara de manera fehaciente el cumplimiento del deber que le incumbía a la AFP, de manera que se debe declarar la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su*



carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, en lo que concierne al tema del traslado de régimen pensional.

Del derecho pensional:

Pretende la parte demandante, le sea reconocida la pensión de vejez en los términos regulados en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Puestas así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

Ahora bien, en el caso de la demandante, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, la cual reposa dentro del expediente administrativo allegado en medio magnético visible a folio 219A, se tiene que nació el 5 de mayo de 1955, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiaria del régimen de transición.



Como se manifestó en precedencia, al emitirse el referido Acto Legislativo 01 de 2005, si bien el mismo condicionó una ampliación del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, igualmente asentó que no se extendería más allá del 31 de julio de 2010; circunstancia por la cual, aquellas personas que tuvieran requisitos pensionales de prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993 para dicha calenda, podían sin lugar a dudas acceder a su derecho prestacional.

En tal sentido, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando cumplan 55 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

La demandante cumplió la edad exigida el 5 de mayo de 2010, pues se itera, nació el 5 de mayo de 1955, y al confrontar los reportes de tiempos cotizados en su momento tanto al antiguo ISS, como a *Protección S.A.* y *Colfondos S.A.* (Fls. 49 a 50, 219 y 254 a 258), acreditó un total de 1.145.97 semanas, y durante toda su vida laboral cotizó 1.175.29 semanas, siendo su último aporte para el mes de noviembre de 2010.

Bajo este escenario, contrario a lo decidido por la falladora de instancia, es evidente que la actora al 31 de julio de 2010, fecha que en inicio fue límite por el Acto Legislativo 01 de 2005 para ostentar el estatus pensional de normas anteriores a la Ley 100 de 1993, ya acreditaba su derecho pensional a la luz del Decreto 758 de 1990, pues como se dijo, contaba con más de 1.000 semanas, e incluso con más de las 500 exigidas en 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima toda vez que en dicho interregno ostentó 692.97, por lo que resulta irrazonable para la Sala que en sede de instancia se haya adoptado la postura de estudiar el derecho pensional de la señora *María Mercedes Turbay Marulanda* bajo los apremios de la Ley 797 de 2003.

También se resalta, que no es de resorte el argumento de la *a-quo*, al indicar que la demandante no tenía 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto según el cálculo de semanas, la actora para el 29 de julio de 2005, tenía 937.62 semanas, y en todo caso la pensión se había consolidado antes de la expiración del régimen pensional para el 31 de julio de 2010.

Así las cosas, se concluye que la aquí demandante es beneficiaria del régimen de transición, y por consiguiente merecedora de la pensión en los términos del Decreto 758 de 1990.

Frente a la mesada pensional, si bien la demandante cumplió el requisito pensional el 5 de mayo de 2010, calenda en que cumplió los 55 años de edad, su última cotización la



efectuó en el mes de noviembre de 2010, por lo que a pesar de no existir novedad de retiro del sistema, al no continuar realizando aportes se entiende un retiro tácito y a su vez, que se pueda colegir la desvinculación del sistema a partir del 1º de diciembre de 2010 según los apremios del artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

Sobre el monto de la primera pensional, se tiene que la demandante acreditó durante toda su vida laboral un total de 1.175.29 semanas, por lo que el cálculo del IBL se efectúa sobre los 10 últimos años ya que así lo preceptúa el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y realizadas las operaciones respectivas, el IBL arroja un valor de \$4.287.483.11, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 87% según las prerrogativas del artículo 20 para situaciones de pensiones de vejez, se concluye que la mesada pensional para el mes de diciembre de 2010, ascendió a la suma de \$3.730.110.30, como se aprecia continuación:

PROMEDIO DIEZ ÚLTIMOS AÑOS LABORADOS ARTÍCULO 21 LEY 100 DE 1993							
AÑO 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
28/10/1999	31/10/1999	3	\$ 300.000,00	\$ 10.000,00	\$ 30.000,00		
1/11/1999	30/11/1999	30	\$ 300.000,00	\$ 10.000,00	\$ 300.000,00		
1/12/1999	31/12/1999	30	\$ 300.000,00	\$ 10.000,00	\$ 300.000,00		
Total días		63		\$ 30.000,00	\$ 630.000,00	\$ 10.000,00	\$ 300.000,00
AÑO 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2000	31/01/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/02/2000	28/02/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/03/2000	31/03/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/04/2000	30/04/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/05/2000	30/05/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/06/2000	30/06/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/07/2000	31/07/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/08/2000	31/08/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/09/2000	30/09/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/10/2000	31/10/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/11/2000	30/11/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
1/12/2000	31/12/2000	30	\$ 260.200,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00		
Total días		360		\$ 104.080,00	\$ 3.122.400,00	\$ 8.673,33	\$ 260.200,00
AÑO 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2001	31/01/2001	30	\$ 286.000,00	\$ 9.533,33	\$ 286.000,00		
1/02/2001	28/02/2001	30	\$ 286.000,00	\$ 9.533,33	\$ 286.000,00		
1/03/2001	31/03/2001	30	\$ 286.000,00	\$ 9.533,33	\$ 286.000,00		
1/04/2001	30/04/2001	30	\$ 286.000,00	\$ 9.533,33	\$ 286.000,00		
1/05/2001	31/05/2001	30	\$ 286.000,00	\$ 9.533,33	\$ 286.000,00		
1/06/2001	30/06/2001	30	\$ 286.000,00	\$ 9.533,33	\$ 286.000,00		
1/07/2001	31/07/2001	30	\$ 288.889,00	\$ 9.629,63	\$ 288.889,00		
1/08/2001	31/08/2001	30	\$ 288.889,00	\$ 9.629,63	\$ 288.889,00		
1/09/2001	30/09/2001	30	\$ 288.889,00	\$ 9.629,63	\$ 288.889,00		
1/10/2001	31/10/2001	30	\$ 288.889,00	\$ 9.629,63	\$ 288.889,00		
1/11/2001	30/11/2001	30	\$ 288.889,00	\$ 9.629,63	\$ 288.889,00		
1/12/2001	31/12/2001	30	\$ 288.889,00	\$ 9.629,63	\$ 288.889,00		
Total días		360		\$ 114.977,80	\$ 3.449.334,00	\$ 9.581,48	\$ 287.444,50



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

AÑO 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2002	31/01/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/02/2002	28/02/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/03/2002	31/03/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/04/2002	30/04/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/05/2002	31/05/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/06/2002	30/06/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/07/2002	31/07/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/08/2002	31/08/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/09/2002	30/09/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/10/2002	31/10/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/11/2002	30/11/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
1/12/2002	31/12/2002	30	\$ 309.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00		
Total días		360		\$ 123.600,00	\$ 3.708.000,00	\$ 10.300,00	\$ 309.000,00

AÑO 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/02/2003	28/02/2003	30	\$ 964.185,00	\$ 32.139,50	\$ 964.185,00		
1/04/2003	30/04/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
1/05/2003	31/05/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
1/06/2003	30/06/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
1/07/2003	31/07/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
1/08/2003	31/08/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
1/09/2003	30/09/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
1/10/2003	31/10/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
1/11/2003	30/11/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
1/12/2003	31/12/2003	30	\$ 664.000,00	\$ 22.133,33	\$ 664.000,00		
Total días		300		\$ 231.339,50	\$ 6.940.185,00	\$ 23.133,95	\$ 694.018,50

AÑO 2004							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2004	31/01/2004	30	\$ 666.621,00	\$ 22.220,70	\$ 666.621,00		
1/02/2004	29/02/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/03/2004	31/03/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/04/2004	30/04/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/05/2004	31/05/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/06/2004	30/06/2004	30	\$ 716.028,00	\$ 23.867,60	\$ 716.028,00		
1/07/2004	31/07/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/08/2004	31/08/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/09/2004	30/09/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/10/2004	31/10/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/11/2004	30/11/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
1/12/2004	31/12/2004	30	\$ 716.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00		
Total días		360		\$ 284.754,97	\$ 8.542.649,00	\$ 23.729,58	\$ 711.887,42

AÑO 2005							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2005	31/01/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/02/2005	28/02/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/03/2005	31/03/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/04/2005	30/04/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/05/2005	31/05/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/06/2005	30/06/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/07/2005	31/07/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/08/2005	31/08/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/09/2005	30/09/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/10/2005	31/10/2005	30	\$ 763.000,00	\$ 25.433,33	\$ 763.000,00		
1/11/2005	30/11/2005	27	\$ 7.648.000,00	\$ 254.933,33	\$ 6.883.200,00		
1/12/2005	31/12/2005	30	\$ 9.537.000,00	\$ 317.900,00	\$ 9.537.000,00		
Total días		357		\$ 827.166,67	\$ 24.050.200,00	\$ 67.367,51	\$ 2.021.025,21



AÑO 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2006	31/01/2006	30	\$ 8.497.000,00	\$ 283.233,33	\$ 8.497.000,00		
1/02/2006	28/02/2006	30	\$ 7.931.000,00	\$ 264.366,67	\$ 7.931.000,00		
1/03/2006	31/03/2006	17	\$ 5.056.000,00	\$ 168.533,33	\$ 2.865.066,67		
1/04/2006	30/04/2006	30	\$ 8.922.000,00	\$ 297.400,00	\$ 8.922.000,00		
1/05/2006	31/05/2006	30	\$ 8.922.000,00	\$ 297.400,00	\$ 8.922.000,00		
1/06/2006	30/06/2006	30	\$ 9.860.000,00	\$ 328.666,67	\$ 9.860.000,00		
1/07/2006	31/07/2006	30	\$ 8.922.000,00	\$ 297.400,00	\$ 8.922.000,00		
1/08/2006	31/08/2006	30	\$ 8.922.000,00	\$ 297.400,00	\$ 8.922.000,00		
1/09/2006	30/09/2006	30	\$ 8.922.000,00	\$ 297.400,00	\$ 8.922.000,00		
1/10/2006	31/10/2006	30	\$ 8.922.000,00	\$ 297.400,00	\$ 8.922.000,00		
1/11/2006	30/11/2006	30	\$ 8.922.000,00	\$ 297.400,00	\$ 8.922.000,00		
1/12/2006	31/12/2006	30	\$ 10.200.000,00	\$ 340.000,00	\$ 10.200.000,00		
Total días		347		\$ 3.466.600,00	\$ 101.807.066,67	\$ 293.392,12	\$ 8.801.763,69

AÑO 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2007	31/01/2007	30	\$ 10.359.000,00	\$ 345.300,00	\$ 10.359.000,00		
1/02/2007	28/02/2007	30	\$ 9.484.000,00	\$ 316.133,33	\$ 9.484.000,00		
1/03/2007	31/03/2007	30	\$ 9.484.000,00	\$ 316.133,33	\$ 9.484.000,00		
1/04/2007	30/04/2007	30	\$ 9.484.000,00	\$ 316.133,33	\$ 9.484.000,00		
1/05/2007	31/05/2007	30	\$ 9.484.000,00	\$ 316.133,33	\$ 9.484.000,00		
1/06/2007	30/06/2007	15	\$ 10.842.000,00	\$ 361.400,00	\$ 5.421.000,00		
Total días		105		\$ 1.971.233,33	\$ 53.716.000,00	\$ 511.580,95	\$ 15.347.428,57

AÑO 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/03/2008	31/03/2008	28	\$ 8.757.547,00	\$ 291.918,23	\$ 8.173.710,53		
1/04/2008	30/04/2008	30	\$ 9.383.000,00	\$ 312.766,67	\$ 9.383.000,00		
1/05/2008	31/05/2008	30	\$ 9.383.000,00	\$ 312.766,67	\$ 9.383.000,00		
1/06/2008	30/06/2008	30	\$ 9.383.000,00	\$ 312.766,67	\$ 9.383.000,00		
1/07/2008	31/07/2008	30	\$ 9.383.000,00	\$ 312.766,67	\$ 9.383.000,00		
1/08/2008	31/08/2008	30	\$ 9.383.000,00	\$ 312.766,67	\$ 9.383.000,00		
1/09/2008	30/09/2008	30	\$ 8.094.000,00	\$ 269.800,00	\$ 8.094.000,00		
1/10/2008	31/10/2008	30	\$ 5.420.000,00	\$ 180.666,67	\$ 5.420.000,00		
1/11/2008	30/11/2008	30	\$ 5.420.000,00	\$ 180.666,67	\$ 5.420.000,00		
1/12/2008	31/12/2008	30	\$ 5.420.000,00	\$ 180.666,67	\$ 5.420.000,00		
Total días		298		\$ 2.667.551,57	\$ 79.442.710,53	\$ 266.586,28	\$ 7.997.588,31

AÑO 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2009	31/01/2009	30	\$ 5.835.000,00	\$ 194.500,00	\$ 5.835.000,00		
1/02/2009	28/02/2009	30	\$ 5.835.000,00	\$ 194.500,00	\$ 5.835.000,00		
1/03/2009	31/03/2009	30	\$ 5.835.000,00	\$ 194.500,00	\$ 5.835.000,00		
1/04/2009	30/04/2009	30	\$ 5.836.000,00	\$ 194.533,33	\$ 5.836.000,00		
1/05/2009	31/05/2009	30	\$ 5.836.000,00	\$ 194.533,33	\$ 5.836.000,00		
1/06/2009	30/06/2009	30	\$ 5.836.000,00	\$ 194.533,33	\$ 5.836.000,00		
1/07/2009	31/07/2009	30	\$ 5.836.000,00	\$ 194.533,33	\$ 5.836.000,00		
1/08/2009	31/08/2009	30	\$ 5.836.000,00	\$ 194.533,33	\$ 5.836.000,00		
1/09/2009	30/09/2009	30	\$ 5.836.000,00	\$ 194.533,33	\$ 5.836.000,00		
1/10/2009	31/10/2009	30	\$ 7.633.000,00	\$ 254.433,33	\$ 7.633.000,00		
1/11/2009	30/11/2009	30	\$ 8.180.000,00	\$ 272.666,67	\$ 8.180.000,00		
1/12/2009	31/12/2009	30	\$ 8.180.000,00	\$ 272.666,67	\$ 8.180.000,00		
Total días		360		\$ 2.550.466,67	\$ 76.514.000,00	\$ 212.538,89	\$ 6.376.166,67



AÑO 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
1/01/2010	31/01/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/02/2010	28/02/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/03/2010	31/03/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/04/2010	30/04/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/05/2010	31/05/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/06/2010	30/06/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/07/2010	31/07/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/08/2010	31/08/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/09/2010	30/09/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/10/2010	31/10/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
1/11/2010	30/11/2010	30	\$ 8.477.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00		
Total días		330		\$ 3.108.233,33	\$ 93.247.000,00	\$ 282.566,67	\$ 8.477.000,00

CÁLCULO IBL PROMEDIO SALARIAL ÚLTIMOS 10 AÑOS LABORADOS								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B) Diciembre - 2009	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	Salario actualizado		
						B/A * K	Salario anual	
1999	63	36,42	71,20	1,954626519	\$ 300.000,00	\$ 586.387,96	\$ 1.231.414,71	
2000	360	39,79	71,20	1,789431459	\$ 260.200,00	\$ 465.610,07	\$ 5.587.320,79	
2001	360	43,27	71,20	1,645479624	\$ 287.444,50	\$ 472.984,07	\$ 5.675.808,81	
2002	360	46,58	71,20	1,528598849	\$ 309.000,00	\$ 472.337,04	\$ 5.668.044,53	
2003	300	49,83	71,20	1,428694526	\$ 694.018,50	\$ 991.540,43	\$ 9.915.404,32	
2004	360	53,07	71,20	1,341616773	\$ 711.887,42	\$ 955.080,10	\$ 11.460.961,18	
2005	357	55,98	71,20	1,271704948	\$ 2.021.025,21	\$ 2.570.147,76	\$ 30.584.758,34	
2006	347	58,70	71,20	1,212821535	\$ 8.801.763,69	\$ 10.674.968,55	\$ 123.473.802,86	
2007	105	61,33	71,20	1,160839941	\$ 15.347.428,57	\$ 17.815.908,07	\$ 62.355.678,26	
2008	298	64,82	71,20	1,098302318	\$ 7.997.588,31	\$ 8.783.769,78	\$ 87.252.113,16	
2009	360	69,80	71,20	1,020018115	\$ 6.376.166,67	\$ 6.503.805,50	\$ 78.045.666,05	
2010	330	71,20	71,20	1	\$ 8.477.000,00	\$ 8.477.000,00	\$ 93.247.000,00	
Total días	3600	Total Devengado en su Vida Laboral Actualizado a agosto de 2010						\$ 514.497.973,00
Total semanas	514,2857143	Ingreso Base Liquidación						\$ 4.287.483,11
						Porcentaje aplicado	87,0%	
						Primera mesada	\$ 3.730.110,30	

En lo que refiere a la mesada 14, no hay lugar a la misma, pues si bien en inicio se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011 como lo dispone el Parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada aquí reconocida asciende a más de tres (3) S.M.L.M.V., lo que conlleva a que el derecho pensional se reconozca sobre 13 mesadas pensional al año.

Como quiera que la demandada *Colpensiones* formuló la excepción de prescripción, la misma se declarará probada parcialmente, pues como se aprecia del paginario, la demandante elevó reclamación administrativa el 11 de diciembre de 2014, presentando la demanda el 21 de abril de 2017 como se observa del acta individual de reparto (Fls. 181 a 183 y 185), por lo que en atención del término trienal prescriptivo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 155 del C.P.T y de la S.S., las mesadas pensionales con anterioridad al 11 de diciembre de 2011 perdieron su disfrute.

Bajo este derrotero, se calcula el retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2011 y el 30 de septiembre de 2020, con 13 mesadas pensionales al año de la siguiente manera:



TABLA DE INDEXACIÓN				
AÑO	IPC	PENSIÓN	NUMERO	RETROACTIVO
2010	3,17%	\$ 3.730.110		
2011	3,73%	\$ 3.848.355	2,63	\$ 10.121.173
2012	2,44%	\$ 3.991.898	13	\$ 51.894.680
2013	1,94%	\$ 4.089.301	13	\$ 53.160.910
2014	3,66%	\$ 4.168.633	13	\$ 54.192.231
2015	6,77%	\$ 4.321.205	13	\$ 56.175.667
2016	5,75%	\$ 4.613.751	13	\$ 59.978.760
2017	4,09%	\$ 4.879.041	13	\$ 63.427.538
2018	3,18%	\$ 5.078.594	13	\$ 66.021.725
2019	3,80%	\$ 5.240.094	13	\$ 68.121.216
2020	3,80%	\$ 5.439.217	9	\$ 48.952.954
TOTAL RETROACTIVO				\$ 532.046.853

En tal sentido, se tiene que al año 2011 la mesada pensional ascendió a la suma de \$3.848.355, por lo que se condenará a la demandada *Colpensiones* pagar a favor de la actora un retroactivo pensional entre el 11 de diciembre de 2011 y el 30 de septiembre de 2020, sobre 13 mesadas pensionales al año por valor de \$532.046.853, más el que se genere a futuro, ordenándosele a la entidad efectuar los descuentos en salud a que haya lugar, sumas estas que deben calcularse de manera indexada.

No habrá lugar al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que como lo sostuvo la *a-quo*, no se le puede endilgar responsabilidad alguna a *Colpensiones* por esta pretensión, ya que el derecho pensional se reconoce precisamente con esta decisión, con ocasión de asentamientos jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que la aquí demandante, es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por consiguiente merecedor de la pensión de vejez contenida en el Decreto 758 de 1990 a partir del 1 de diciembre de 2010, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.



SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a *Colpensiones*, al reconocimiento y pago de un retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2011 y el 30 de septiembre de 2020, sobre 13 mesadas pensionales al año por valor de \$532.046.853, más el que se genere a futuro, ordenándosele a la entidad efectuar los descuentos en salud a que haya lugar, sumas estas que deben liquidarse y solucionarse de manera indexada.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 27 201700378 01
Demandante: ROQUE JULIO GONZALEZ CORTES
Demandado: CORPORACIÓN CULTURAL ALEJANDRO VON
HUMBOLDT-COLEGIO ANDINO DEUTSHCE
SCHULE
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en favor de la parte demandante.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Roque Julio González Cortes* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt-Colegio Andino Deutshce Schule*, a efectos que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el día 7 de marzo de 1990 hasta el 30 de junio de 2015; en consecuencia, se condene a la demandada, a la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, sin previa autorización del Ministerio de Trabajo y faltando dos años para el cumplimiento de la edad de pensión del actor, la sanción que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; al pago de las cesantías, primas de servicios, horas extras, auxilio de transporte y vacaciones del 26 de agosto de 2013 al 30 de junio de 2015, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el actor fue contratado por la encartada desde el 7 de marzo de 1990 como conductor y auxiliar de servicios generales, que dicho contrato fue celebrado a término fijo y se renovó periódicamente durante 25 años hasta finales del primer semestre del año 2015, sin haber tenido quejas por mal comportamiento, que el actor tenía pérdida auditiva y lesiones en su columna vertebral, contaba con 1.450 semanas de cotización y le faltaban dos años para el cumplimiento de su edad de pensión en la fecha en que la demandada decidió no renovarle más su contrato de trabajo, que su promedio mensual básico superaba los dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y que el *Colegio Andino Deutshce Schule*, incumplió sus obligaciones como empleadora durante el lapso comprendido entre el 26 de agosto de 2013 a 30 de junio de 2015, por concepto de pago de cesantías, vacaciones y auxilio de transporte.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, resaltando que el demandante sostuvo diferentes contratos de trabajo sucesivos a término fijo, existiendo entre uno y otro, solución de continuidad en razón al cronograma de actividades académicas del *Colegio Andino Deutshce Schule*, que el salario devengado por el actor jamás excedió los dos salarios mínimos y que siempre canceló a la finalización de cada contrato laboral todas las acreencias laborales, que el contrato terminó por causa legal establecida en el literal c) del artículo 61 del CST y que la decisión de no volverlo a vincular obedeció al resultado no satisfactorio de la evaluación de desempeño por infringir normas de tránsito que dieron lugar a procesos disciplinarios y no por la situación de salud que alega el actor.

Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.



II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 27 de enero de 2020 declaró que entre el señor *Roque Julio González Cortes* y la *Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt-Colegio Andino Deutsche Schule* existieron los siguientes veintisiete contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año, así:

- 1) 7 de marzo de 1990 hasta el 30 de junio de 1990.
- 2) 1 de septiembre de 1990 hasta el 30 de junio de 1991.
- 3) 1 de septiembre de 1991 hasta el 30 de junio de 1992.
- 4) 27 de agosto de 1992 hasta el 30 de junio de 1993.
- 5) 30 de agosto de 1993 hasta el 30 de junio de 1994.
- 6) 30 de agosto de 1994 hasta el 30 de junio de 1995.
- 7) 28 de agosto de 1995 hasta el 30 de junio de 1996.
- 8) 20 de agosto de 1996 hasta el 30 de junio de 1997.
- 9) 1 de septiembre de 1997 hasta el 30 de junio de 1998.
- 10) 1 de septiembre de 1998 hasta el 30 de junio de 1999.
- 11) 1 de septiembre de 1999 hasta el 30 de junio de 2000.
- 12) 1 de septiembre de 2000 hasta el 30 de junio de 2001.
- 13) 1 de septiembre de 2001 hasta el 30 de junio de 2002.
- 14) 1 de septiembre de 2002 hasta el 30 de junio de 2003.
- 15) 1 de septiembre de 2003 hasta el 30 de junio de 2004.
- 16) 30 de agosto de 2004 hasta el 31 de enero de 2005.
- 17) 1 de febrero de 2005 hasta el 30 de junio de 2005.
- 18) 29 de agosto de 2005 hasta el 30 de junio de 2006.
- 19) 28 de agosto de 2006 hasta el 30 de junio de 2007.
- 20) 27 de agosto de 2007 hasta el 30 de junio de 2008.
- 21) 25 de agosto de 2008 hasta el 30 de junio de 2009.
- 22) 1 de septiembre de 2009 hasta el 30 de junio de 2010.
- 23) 23 de agosto de 2010 hasta el 30 de junio de 2011.
- 24) 22 de agosto de 2011 hasta el 30 de junio de 2012.
- 25) 27 de agosto de 2012 hasta el 30 de junio de 2013.
- 26) 26 de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2014.
- 27) 5 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2015.

Absolvió al extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que de conformidad con la legislación laboral colombiana, artículo 46 del CST., es permitido celebrar varios contratos de trabajo con el mismo empleador, sin importar si es para desarrollar la misma



actividad, siempre y cuando consten por escrito, no superen los tres años de duración, se avise con la debida antelación la no prorroga de los mismos y se liquiden las prestaciones sociales a su finalización, con el fin de diferenciar de un contrato de otro, presupuestos facticos que se verificaron en el medio magnético que obra a folio 147 del expediente.

Frente a la condena por pago de prestaciones sociales, auxilio de transporte y vacaciones durante el periodo del 26 de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2014 y del 5 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2015, fueron conceptos reconocidos y pagados por el *Colegio Andino Deutshce Schule*, según consta en los comprobantes de nómina y planillas que reposan a folios 96 a 119 del expediente, documentos que prueban el salario devengado por el actor, en lo que respecta a la condena por horas extras el demandante no demostró haber laborado en jornada superior a la legal o superior a las que le fueron reconocidas y pagadas conforme la prueba documental allegada. Así mismo, el contrato celebrado el 5 de septiembre de 2014 finalizó legalmente por expiración del plazo fijo pactado comunicándose con más de treinta días de anticipación su decisión de no prorrogarlo por lo que no se configuró un despido sin justa causa.

En cuanto al fuero de estabilidad laboral reforzada, para la fecha de terminación del contrato el actor no padecía limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es que se marcará entre los porcentajes de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% que lo hiciera sujeto de especial protección que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 acorde con las sentencias C-531-2000, SL10538-2016 y SL1360-2018, y conforme se verificó de la historia clínica de fecha 1 de septiembre de 2014, el examen de retiro de fecha 21 de julio de 2015 y del interrogatorio de parte en donde el accionante manifestó que para la fecha de finalización del contrato no contaba con pérdida de capacidad laboral debidamente calificada, ni estaba incapacitado, ni tenía recomendaciones médicas, solo que puso en conocimiento de su empleador que por problemas de salud no podía trabajar horas extras para asistir a citas y controles médicos.

Para finalizar, el actor tampoco goza de fuero de estabilidad dado su condición de pre pensionado, toda vez que como se verifica a folios 11 a 22 del expediente



contaba para la fecha de terminación del contrato con 1.450 semanas de cotización superando el mínimo exigido por la Ley 797 de 2003 y conforme el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencia SU-003 de fecha 8 de febrero de 2018 no hay lugar a considerar que goza de dicha estabilidad laboral cuando el único requisito faltante para la pensión de vejez es el de la edad.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

En razón a que la sentencia fue adversa a las pretensiones del demandante, el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal que invalide lo actuado, habrá de determinarse (i) Sí entre las partes existió un único contrato de trabajo entre el 7 de marzo de 1990 hasta el 30 de junio de 2015 y su forma de terminación (ii) Sí para la fecha de terminación del contrato el actor gozaba de fuero de estabilidad laboral y si hay lugar al pago de indemnización alguna, y (iii) Sí existe algún emolumento pendiente por cancelar por el periodo comprendido entre el 26 de agosto de 2013 a 30 de junio de 2015.

c. Del caso en concreto

Se aduce en la demanda que el accionante laboró para el *Colegio Andino Deutsche Schule*, entre el 7 de marzo de 1990 hasta el 30 de junio de 2015 y que la



vinculación se realizó mediante contratos de trabajo término fijo y se renovó periódicamente durante 25 años hasta finales del primer semestre del año 2015.

Del acervo probatorio allegado al expediente se observa que el señor *Roque Julio González Cortes* suscribió con la *Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt-Colegio Andino Deutschce Schule* veintisiete contratos de trabajo a término fijo en el cargo de Conductor y auxiliar de servicios generales, existiendo una interrupción de más de treinta días entre la suscripción de un contrato y otro en atención a la inactividad del empleador en los periodos de vacancia estudiantil, circunstancia que también fue aceptada por el demandante en el interrogatorio de parte al indicar que suscribió varios contratos de trabajo y que junto con los otros conductores no desarrollaban actividad alguna en dichas vacancias a excepción de los primeros años de contratación en donde apoyaba labores de pintura y mantenimiento, minuto (18:58).

Sobre ese aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL472-2020, Radicación No. 65785 del 3 de febrero de 2020, señaló:

“Es doctrina de la Sala, que las interrupciones contractuales de corto tiempo, menores a un mes, no implican necesariamente una verdadera interrupción de la unidad contractual, especialmente, cuando se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral. En tal sentido, se expuso en la sentencia CSJ SL981-2019, que reitera la sentencia CSJ SL4816-2015, así:

[...] cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral.”

En consecuencia, debe señalarse que le asistió razón al *a-quo* al considerar que en el presente asunto no es dable estimar una unidad contractual desde el 7 de marzo de 1990 hasta el 30 de junio de 2015, pues si bien no fueron allegadas todas las comunicaciones de no prorroga de los contratos, dicho aspecto no fue objeto de controversia y tanto los contratos como las liquidaciones allegadas por la demandada en medio magnético a folio 147, así como la certificación laboral (Fls. 23-24) y los contratos de trabajo aportados por el demandante (Fls. 9-10) dan cuenta de los extremos temporales de cada vínculo laboral.



En cuanto al fuero de estabilidad laboral pretendido por el actor en su escrito de demanda, se debe acotar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estipula que ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

Ahora, sobre el alcance de la garantía, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1360 de 2018, señaló:

“[...] Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera...

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada”.

De igual manera, en la citada providencia la CSJ SCL, concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito sine qua non atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por



la SL CSJ en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

Criterio que se mantiene vigente en sentencias SL5181 de 2019 y SL 635 de 2020, última en la que se dijo:

“Además de lo anterior, no sobra recordar que la prohibición contenida en la norma en comento que era la vigente para cuando se propuso la desvinculación del actor de su empleo, no opera frente a cualquier tipo de afectación de la salud o de discapacidad, pues conforme al artículo 1º de la Ley 361 de 1997, dicho estatuto normativo se dirige a la protección de aquellas personas en situación de discapacidad severa y profunda, de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.”.

No debe soslayarse que la SL CSJ en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.

“[...]”

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:



“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador

permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia T-041 de 2019, señaló sobre este aspecto:

“En suma, el trabajador que pierde o ve disminuida sustancialmente su capacidad laboral tiene derecho a no ser despedido y a ser reubicado en tareas acordes a sus capacidades, habilidades y competencias. En caso contrario, se presume que la desvinculación tuvo como fundamento la condición de discapacidad, y la misma se torna ineficaz.

“Dicha regla debe ser aplicada por el juez constitucional de encontrar acreditados los siguientes supuestos: (i) el trabajador presente padecimientos de salud que involucren una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones; (ii) el empleador hubiese conocido tal condición en un momento previo al despido; (iii) no exista autorización previa del Ministerio del Trabajo para efectuar el despido; y (iv) el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio”.

De los criterios jurisprudenciales antes esbozados, se tiene que por activa se debe demostrar que para la fecha del despido o de la ruptura del vínculo laboral, en criterio tanto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como de la Corte Constitucional, que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, discapacidad entendida como pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, sin que para acreditar tal situación, se



requiera una prueba solemne de pérdida de la capacidad laboral emitida por la entidad competente para calificar tal situación y además que se logre advertir que su desvinculación fue con ocasión a su limitación.

Una vez determinado lo anterior y para efectos de establecer si el accionante se encontraba en el supuesto fáctico que implicara la garantía de la estabilidad laboral reforzada, se tiene que al plenario se aportó historia clínica de fecha 1 de septiembre de 2014 (Fls. 35-37) en la cual se da cuenta que el actor desde el 22 de agosto de 2014 padecía de hipoacusia neurosensorial bilateral con funcionalidad auditiva sin que le representara limitaciones para desarrollar sus actividades; examen de retiro de fecha 21 de julio de 2015 (Fl. 28) en donde se hacen recomendaciones de modificar hábitos y estilo de vida, continuar con el manejo de ortopedia y atender recomendaciones de audiología; resultados de examen de resonancia magnética de fecha 24 de agosto de 2015 (Fls. 30-32) donde se expresa: “*no se observan lesiones óseas o articulares de tipo traumático reciente*”, así mismo, el actor confesó que para la fecha de finalización del contrato no contaba con recomendaciones laborales, no estaba incapacitado, ni contaba con pérdida de capacidad laboral o restricciones de carácter laboral que le implicaran la pérdida o reducción de su capacidad para el trabajo.

Ahora bien, a folio 26 del expediente reposa comunicación de fecha 19 de mayo de 2015 dirigida al señor *Roque Julio González Cortes*, en donde se le comunica la no prórroga de su contrato de trabajo, documento que no fue desconocido por la parte actora y con el cual se acredita que la terminación del contrato no fue sin justa causa como se afirma en el libelo demandatorio, si no que la misma se dio por causa legal como fue la contemplada en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, por expiración del plazo fijo pactado, y conforme la documental allegada la decisión del *Colegio Andino Deutshce Schule* de no celebrar un nuevo contrato obedeció al resultado de la evaluación de desempeño realizada por el periodo de 2014 a 2015, en donde el actor obtuvo un resultado no satisfactorio consecuencia de los hechos en los cuales se vio involucrado por infracción a normas de tránsito que dieron lugar a informes por parte de la Secretaria Distrital de movilidad de la Alcaldía de Bogotá al *Colegio Andino Deutshce Schule* (Fls. 120 a139).



Téngase en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2586 de fecha 15 de julio de 2020 consideró que el vencimiento del plazo en los contratos a término fijo es una causal objetiva de terminación siempre y cuando el trabajador no se encuentre en situación de discapacidad y su empleador acredite la objetividad de su decisión en los siguientes términos:

“ 3.2. ¿El vencimiento del plazo es una causa objetiva?

La causa objetiva o principio de razón objetiva es un aspecto que debe buscarse en los hechos, en la realidad. Por tanto, la causa objetiva no necesariamente coincide con las causas jurídicas de terminación de los contratos de trabajo. Por ejemplo, la decisión unilateral del empleador, aunque es una causal de terminación de los contratos (lit. h, art. 61 CST), no necesariamente es una causa objetiva. De esta forma, causa objetiva y causal legal de terminación de los contratos no siempre coinciden, de manera que habrá causas legales de terminación en los que el componente subjetivo se encuentran presente.

En los contratos a término fijo, si bien la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo laboral (lit. c, art. 61 CST), esto no significa que por ello sea objetivo. Y no lo es, porque es eminentemente subjetivo cuando quiera que las partes tienen la facultad de terminarlo o prorrogarlo; dicho de otro modo, la terminación del contrato esta permeada por la voluntad unilateral del empresario o del trabajador de no prorrogarlo. Tan es así que, de no existir el preaviso o la decisión unilateral de no seguir con el vínculo, el contrato a término fijo se prorroga indefinidamente. Es decir, la terminación del contrato por vencimiento del plazo no es un suceso natural que ocurra por sí solo; antes, media la expresa voluntad de alguna o de ambas partes, en caso contrario, continua en vigencia el vínculo laboral.

...

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no establece un privilegio exclusivo para los trabajadores con contrato a término indefinido. Por el contrario, su texto alude que ninguna persona «podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad», de modo que la garantía se despliega a todas las modalidades contractuales. En idéntico sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU-049-2017 refirió que la estabilidad laboral reforzada «aplica a todas las alternativas productivas», premisa que se reiteró en sentencia T-118-2019 al señalarse que la garantía engloba a «cualquier modalidad de contrato».

...

Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador,



desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada. Por otro lado, al ser el empresario la parte que alega la terminación del contrato por una causa neutra, tiene, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, que probar esa objetividad, más allá del simple vencimiento del plazo”

Acorde con lo anterior y del acervo probatorio allegado, está plenamente acreditado que el señor *Roque Julio González Cortes* para la fecha de fenecimiento de su contrato laboral no era sujeto de especial protección que lo hiciera beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada del que trata el artículo 26 de Ley 361 de 1997, teniendo en cuenta que no padecía limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es que se marcará entre los porcentajes de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% o que le afectara su capacidad para el trabajo; así mismo, está plenamente acreditado que la terminación de su contrato se dio por una causa legal y objetiva toda vez que estuvo desprovista de cualquier tipo de conducta discriminatoria, por lo que no hay lugar al reconocimiento de las indemnizaciones pretendidas.

En cuanto al fuero de pre pensionado por cuanto le faltaban dos años para adquirir su edad de pensión, se tiene que de su documento de identidad (Fl.8) y del reporte de semanas allegado por el mismo demandante (Fls. 11 a 22), el actor contaba con 60 años y 1.450.71 semanas de cotización para el 30 de junio de 2015, fecha de finalización del contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia SU 003 de 2018, consagró las reglas a tener en cuenta para amparar el derecho a la Estabilidad Laboral de pre pensionados, indicando lo siguiente:

“59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación



jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

“60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”[56].

“Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión...”

“La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

“Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones[57].

“En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la



edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

“En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

Atendiendo los postulados jurisprudenciales transcritos, puede concluir esta Colegiatura que, al demandante no le asiste el derecho para entender que la terminación de su vínculo contractual fue injusto como consecuencia de su condición de pre pensionado, ya que cuando su vínculo contractual expiró por una causa legal y objetiva, contaba con un cúmulo de semanas superior a las 1.300 exigidas por la Ley 797 de 2003, y el hecho de que no haya cumplido el requisito de la edad a la terminación del contrato, no frustra el acceso a la pensión, toda vez que esta se puede adquirir con o sin vinculación laboral vigente.

Finalmente, no obra en el expediente prueba alguna que soporte el dicho del actor en cuanto a que devengaba un salario mayor y que la demandada incumplió con el pago de trabajo suplementario, auxilio de transporte y obligaciones prestacionales por el periodo comprendido entre el 26 de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2014 y del 5 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2015, puesto que a folios 96 a 119 reposa desprendibles de pago de nómina y planillas de consignación de cesantías a través del operador *Simple*, con los cuales se acredita el cumplimiento de sus obligaciones salariales y prestacionales, así como también del auxilio de transporte deprecado.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:



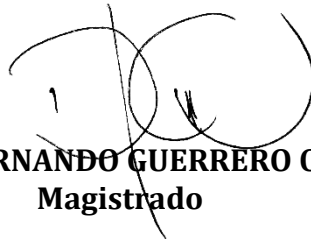
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 14 2018 00262 01
Demandante: IVÁN GONZALO YAZO BARRERA
Demandado: MASIVO CAPITAL S.A.S. – EN
REORGANIZACIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., octubre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2019 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Iván Gonzalo Yazo Barrera*, instauró demanda ordinaria en contra de *Masivo Capital S.A.S. – En Reorganización*, con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2013 y el 27 de octubre de 2016, que terminó por causas imputables al empleador.

Asimismo, se declare que goza de la garantía constitucional y legal de la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, por lo que el despido es ilegal al no contar con la autorización del Inspector del Trabajo según lo contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como que al momento del despido no se le respetó su derecho de defensa, contradicción y debido proceso.

Por consiguiente, principalmente solicita se condene a la encartada a reintegrarlo sin solución de continuidad a un cargo igual o de mejores condiciones labores a las que venía desempeñando junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, compensación de vacaciones, intereses a las cesantías, aportes al sistema de



seguridad social, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, e indexación.

En forma subsidiaria, se condene al pago de la sanción por despido sin justa causa, recargos dominicales, horas extras y/o trabajo suplementario, indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que celebró un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2013 y el 27 de octubre de 2016, desempeñando el cargo de Operador de Bus, con un salario básico mensual en el último año por valor de \$872.157.

Que en vigencia de la relación laboral, devengó factores salariales tales como salario básico ordinario, festivos y dominicales, horas extras, subsidio de alimentación, subsidio de transporte y un bono denominado de mera liberalidad, por lo que su salario promedio equivalía a \$1.300.000 para el 2016.

Adicionó que fue afiliado en salud a la EPS Compensar, pensión a Colfondos S.A. y ARL a Colmena; además que padece de una enfermedad profesional desde 1991 denominada trauma acústico, encontrándose en tratamiento desde el año 2014 por enfermedades Hipoacusia Neurosensorial de grado leve a severo del oído derecho e Hipoacusia Neurosensorial de grado leve moderado del oído izquierdo.

Que por su afectación en salud, debía asistir a las respectivas citas médicas para su recuperación, donde se le concedió incapacidades temporales, conllevando a que en esos días no asistiera a trabajar, sin que dentro de la relación laboral hubiese cometido falta alguna.

Por último, manifestó que el 27 de octubre de 2016 la demandada le comunicó la terminación de su contrato de trabajo por justa causa, sin que haya sido el promotor de la huelga ni participe, de ahí que el 1º de noviembre de 2016 le fuese entregada su liquidación de prestaciones sociales, sumado a que no le fue pagada la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.



1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, resaltando que con ocasión a la estabilidad laboral reforzada, el actor nunca comunicó a la compañía sufrir de discapacidad con limitaciones físicas de grado severo o profundo producto de una enfermedad crónica progresiva.

En lo que concierne a la terminación del despido, manifestó que la misma fue justa por cuanto el actor participó de manera ilegal en el cese de actividades de los años 25 y 26 de octubre de 2016.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada, buena fe, causal objetiva de terminación de contrato diferente a aducida la condición de salud del trabajador, terminación de contrato con justa causa no es sanción disciplinaria, el no pago de costas e intereses, prescripción y la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de octubre de 2019, declaró que el demandante no era titular de una estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato de trabajo, por lo que absolvió a la pasiva de las pretensiones principales formuladas en su contra.

Igualmente declaró que la demandada terminó el contrato de trabajo sin justa causa, por lo que la condenó por el pago de la sanción contemplada en el artículo 64 del C.S.T. en la suma de \$3.038.031.72, teniendo en cuenta un último salario equivalente a \$1.275.769.20.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar indicó que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo a término indefinido que ató a las partes, los extremos temporales ni el cargo desempeñado por el demandante.

Frente al tema de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, adujo que de conformidad con la línea jurisprudencial emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el demandante no acredita los grados



porcentuales exigidos para su conformación, de ahí que resulte impróspera la aplicabilidad de dicha figura.

Agregó que la estabilidad laboral tampoco es procedente al tenor de lo regulado por la Corte Constitucional, puesto que a pesar que de las pruebas obrantes al plenario se pudo establecer que el demandante con anterioridad a la relación laboral que lo ató con la demandada, tuvo una patología auditiva, dicha situación no lo limitó en las funciones de su cargo, adicional a que no obra prueba que su afección en salud hubiera sido comunicada a la encartada, por lo que esta última no tenía que pedir autorización ante el Ministerio del Trabajo para finalizar el contrato.

Por ello, negó el reintegro pretendido junto con el pago de emolumentos que de peste dependían.

Seguidamente, continuó su análisis respecto de las pretensiones de carácter subsidiario, por lo que analizó el despido sin justa causa concluyendo su condena, bajo el entendido que si bien se acreditó que se adelantó un cese de actividades por parte de algunos trabajadores de la demandada los días 25 y 26 de octubre de 2010, lo que pudo haber impactado negativamente la prestación del servicio de transporte, la demandada no desplegó ningún ejercicio probatorio en el que se demostrara que el actor hubiese participado activamente en el mismo.

Por último, en lo atinente al pago de trabajo suplementario y recargos, absolvió por no existir que acreditara por la parte actora que demostrara lo de su cargo.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Manifestó su inconformidad en lo referente a la absolución del reintegro por no accederse a la estabilidad laboral contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Puntualizó que, si bien es cierto que dos décadas antes de ingresar a laborar al servicio de la demandada tuvo la patología de audición, es dable y verificable que para el momento de inicio de sus labores, es deber legal efectuar el examen médico de ingreso, y de ahí, haberse tenido en cuenta la patología.



Por otra parte, adujo tener derecho al pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, habrá de determinarse si el demandante gozaba de la estabilidad laboral de que trata el artículo 26 de la Le 361 de 1997.

Igualmente, se analizará si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T., como consecuencia del no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que consigna la Sala, es que dentro del presente asunto no es objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2013 y el 27 de octubre de 2016, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de operador de bus, prueba de ello es la copia del contrato de trabajo y la carta de terminación del mismo emitido por la encartada (Fls. 9 a 15, 114 a 118 y 121 a 122).

Asimismo, atendiendo el problema jurídico planteado, se destaca que la Sala no efectuará pronunciamiento con relación a la decisión de primera instancia concerniente a la condena por el pago de la sanción por despido sin justa causa y la absolución de trabajo suplementario, como quiera que dichos aspectos no fueron reprochados por ninguna de las partes en sede de apelación.



En tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si el demandante es beneficiario de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido



obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Los lineamientos mencionados están contenidos en sentencias como la radicada con 41845 del 18 de septiembre de 2012; 35606 del 25 de marzo de 2009; 36115 del 15 de marzo de 2010; SL14134-2015, Radicación No. 53083 del 14 de octubre de 2015, SL10538-2016, Radicación No. 42451 del 29 de junio de 2016 y SL1360-2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, en las que se establece que no se otorga la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad con el solo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, para el momento del despido.

Un entendimiento razonable de la anterior postura, señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

En ese orden de ideas, para la prosperidad de las pretensiones de la demandante, se debía acreditar, como primera medida, el supuesto fáctico que la normativa en comento protege, esto es, que ninguna persona en situación de discapacidad sea despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

Ahora bien, el Alto Tribunal en sentencia SL2841-2020, Radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, hizo un análisis exhaustivo sobre la estabilidad reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, donde además categorizó una nueva expresión para las personas sobre las que verse esta figura, entendiéndose esta como “*discapacidad relevante*”, señalando sobre el particular:

“Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables”.



[...]

“Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad”.

Como ya se dijo, se aportó el contrato de trabajo suscrito entre las partes el 1º de octubre de 2013, para desempeñarse como operador de bus el cual se pactó a término indefinido (Fls. 9 a 13 y 144 a 118), vínculo que terminó el 27 de octubre de 2016 por aspectos atribuibles al empleador, motivo por el cual, por activa se debía acreditar que se encontraba en un estado de limitación física que implicara una discapacidad relevante, en cuyo evento por pasiva se debe demostrar la existencia de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, a fin de desvirtuar la presunción que el despido obedeció a conductas discriminatorias.

Descendiendo al caso de autos, se tiene que el argumento de la prosperidad de la discapacidad relevante es que ostenta desde 1991 una patología denominada trauma acústico, encontrándose en tratamiento desde el año 2014 por enfermedades hipoacusia neurosensorial de grado leve a severo del oído derecho, e hipoacusia neurosensorial de grado leve moderado del oído izquierdo.

Por activa se allegó la Resolución No. 0671 del 23 de agosto de 2000 emitida por el antiguo Instituto de Seguros Sociales, sobre la cual se desprende que el demandante solicitó una prestación económica de origen laboral, donde además se aprecia que existió un dictamen médico laboral bajo el consecutivo No. 117 del 19 de octubre de 1997, en la que se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 7% (Fls. 21 a 22), aunado a que yacen reportes de los años 1996 y 1997 (Fls. 24 a 25), emanados por la terapeuta de lenguaje *Olga Lucero Alzate* y una terapia de lenguaje de audiología del entonces Instituto de Seguros Sociales, que advierten que el actor tuvo una disminución de agudeza auditiva.

De otro lado, obra copia de la historia clínica emitida por la EPS Compensar (Fls. 26 a 30), en la que se observa que el demandante, en virtud de la patología auditiva – hipoacusia neurosensorial bilateral de predominio derecho, en los



meses de septiembre y octubre de 2015 recibió procedimientos que conllevaron a que le prescribieran un audífono para el oído derecho.

De las probanzas anteriores, puede colegirse que no existe prueba fehaciente que demuestre que la patología auditiva limitara las labores que desempeñó el señor *Iván Gonzalo Yazo Barrera* como operador de bus desde octubre del año 2013, ni mucho menos que la terminación de la relación laboral hubiese sucedido por una discapacidad relevante por la parte demandada.

Lo anterior, por cuanto de una parte, la patología auditiva padecida por el demandante se había dado mucho antes a la suscripción del contrato de trabajo con la demandada, y de otra, la historia clínica en ningún acápite refiere que el demandante hubiese recibido o estuviere en curso al momento del finiquito del vínculo en algún tratamiento o diagnóstico certero que enrostrara que la patología padecida hubiese sido la causa del despido, ya que lo único que se denota de dichas probanzas, es que su quebranto en ningún momento le impidió desarrollar su labor.

Otro aspecto que debe resaltarse, es que el demandante en el interrogatorio de parte surtido, confesó que al momento de ingresar a laborar con la encartada, no le comunicó a esta que padeciera de la patología aquí alegada para la prosperidad de la estabilidad por considerarse como una discapacidad relevante, ni mucho menos le puso de presente al empleador documento alguno que enrostrara su deficiencia auditiva, o que en algún momento le hubiese comunicado a la encartada que por su afección no podía desarrollar las funciones de su cargo.

Un tópico adicional, es el hecho que su historia clínica, si quiera refleja que su EPS hubiese emitido recomendaciones para el desempeño de sus labores como Operario de Bus; incluso al rendir su interrogatorio de parte, el actor manifestó que se sigue desempeñando como conductor, talante que ratifica que su patología en nada afectó su labor al servicio de la demandada.

Por tanto, concluye la Sala que le asiste razón tanto a la Juez de conocimiento, al concluir que, si bien el trabajador acreditó estar sufriendo una patología, la misma no limitaba el desarrollo de sus funciones laborales, y por tanto no se configuran los presupuestos para gozar de una estabilidad laboral reforzada, tal y como se decidió en esta instancia.



De la indemnización moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales contemplada en el artículo 65 del C.S.T.

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

Al respecto, no se evidencia un actuar de mala fe por parte del empleador que conlleve a la aplicación de esta indemnización, en tanto, si bien el contrato de trabajo culminó el 27 de octubre de 2016, la pasiva efectuó el pago de la liquidación ese mismo día según se confronta a folio 16 del expediente, por lo que no existió alguna mora en el pago de los derechos laborales, como tampoco el desconocimiento de los mismos, de ahí que no resulte próspera la mentada indemnización.

Todo lo anterior, conlleva a que la sentencia de primera instancia sea confirmada. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN:

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


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2019 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 06 2018 00276 01
Demandante: MARÍA HELENA GARZÓN GUEVARA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz* identificada con C.C No 31.486.436 y T.P No 303.924 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Helena Garzón Guevara*, instauró demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por consiguiente merecedora de los preceptos pensionales por vejez contenidos en el Decreto 758 de 1990.

En tal sentido, se condene a la encartada a la reliquidación y reajuste de su primera mesada pensional con una aplicación de la tasa de reemplazo del 90%, junto con el retroactivo pensional entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, con la respectiva indexación.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 27 de marzo de 1956, por lo que cumplió 55 años de edad el 27 de marzo de 2011.

Que mediante Resolución GNR 114842 del 31 de marzo de 2014, la encartada le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de abril de 2014 bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, así como que acreditó un total de 1.589 semanas, siendo su última cotización el 31 de enero de 2013.

Seguidamente adujo que, mediante Resolución SUB 262584 del 22 de noviembre de 2017, *Colpensiones* le reliquidó la pensión, pero sin tener en cuenta que le era aplicable el Decreto 758 de 1990.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que a la actora le fue reconocida pensión de vejez conforme a los lineamientos legales y bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, liquidando la prestación según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, argumentó que la demandante presentó traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y retornó nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de ahí que no haya conservado el régimen de transición conforme a lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002 y SU-062 de 2010.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de enero de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$17.146.126 por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, junto con la indexación de las mesadas debidas mes a mes desde la exigibilidad y hasta cuando se produzca el pago de lo debido, absolviendo de las restantes pretensiones de la demanda.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, manifestó que no existió discusión en que la demandada le reconoció pensión de vejez al demandante mediante Resolución



GNR 114842 del 31 de marzo de 2014 en los términos de la Ley 797 de 2003, con sujeción a una tasa de reemplazo del 74.50%, prestación que fue otorgada a partir del 1º de abril de 2014 en cuantía inicial de \$1.378.508, y con posterioridad, a través de la Resolución SUB 262584 del 22 de noviembre de 2017, se reajustó la pensión a partir del 1 de abril de 2014, en cuantía inicial de \$1.427.115, manteniendo las prerrogativas de la Ley 797 de 2003.

Que en los referidos actos administrativos, se registró sin discusión que la demandante presentó traslado a la AFP Skandia y Porvenir S.A., regresando con posterioridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por *Colpensiones*, de forma tal que consideró la entidad accionada, que como la demandante al 1º de abril de 1994 no acreditó un mínimo de 15 años de servicios, infirió la pérdida del régimen de transición de la demandante.

Que en tal sentido, y atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las personas que se encuentren en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrán derecho a que se les aplique los beneficios del régimen de transición, siempre y cuando cumplan con dos condiciones como lo son: (i) que retorne al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y (ii) que al haber entrado en vigencia la Ley 100 de 1993 hubiere tenido 15 o más años de servicios cotizados en el régimen de reparto simple al que estaba afiliado sin consideración a la edad, último aspecto que la actora no acreditó, ya que tan solo cotizó 723.42, concluyendo que no era merecedora de la reliquidación de su pensión con base en lo establecido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

De otra parte asentó que, en relación con la petición del retroactivo pensional desde el día 1 de febrero de 2013 hasta el 31 marzo de 2014 era procedente, pues el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 diferencia dos conceptos, el de la causación de la pensión de vejez y el disfrute de la misma, el primero nace cuando la persona cumple las exigencias de la edad y las semanas cotizadas, y el segundo señala que para empezar a recibir las mesadas pensionales se requiere la desafiliación del régimen sin ningún otro requerimiento, de ahí que no encuentre vocación la negativa para el pago del retroactivo pretendido.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Colpensiones apeló la decisión, bajo el entendido que al momento de reconocer la pensión de la demandante obró conforme a derecho al haberla otorgado a partir del 1º de abril de 2014, teniendo en cuenta que verificada la historia laboral no presenta novedad de retiro con el último empleador, por lo que en aplicación del artículo 13 del



Decreto 758 de 1990, el reconocimiento de la prestación se efectúa a partir del ingreso en nómina como así sucedió dentro del presente asunto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si es procedente el pago del retroactivo por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de marzo de 2014.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que la encartada en inicio reconoció pensión de vejez a la demandante en los términos de la Ley 797 de 2003 mediante Resolución GNR 114842 del 31 de marzo de 2014, a partir del 1º de abril de 2014 en cuantía inicia de \$1.378.508 (Fls. 28 a 32).

Tampoco el hecho que con posterioridad, la pasiva reliquidó la pensión de la demandante a través de la Resolución SUB 262584 del 22 de noviembre de 2017, considerando que el monto de la mesada ascendía a la suma de \$1.670.320, manteniendo la postura que el derecho seguía rigiéndose bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, y ordenando a su vez el pago del retroactivo pensional (Fls. 28 a 32).

Ahora, deja de presente la Sala que en los referidos actos administrativos, se motivó la negativa de no acceder a las prerrogativas del régimen de transición, por cuanto la demandante había efectuado un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y luego retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin haber acreditado los requisitos respectivos para la cobertura del régimen de transición según los lineamientos de las sentencias C-789 de 2002, C-754 de 2004, C-1024 de 2004, SU-060 de 2010, SU-130 de 2013 y SU-856 de 2013.

Bajo este escenario, a pesar que la petición principal de la demandante se circunscribió precisamente a la reliquidación pensional con base en la pensión de vejez regulada en el Decreto 758 de 1990, aspecto que se negó por la falladora de instancia, la Sala no



abordará dicha absolución como quiera que este punto no fue apelado por la actora, adicional a que el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

Ahora bien, en lo que concierne al retroactivo pensional reconocido por la *a-quo* por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2013 hasta el 31 marzo de 2014, de los mentados actos administrativos se advierte que la última cotización realizada por la demandante fue como dependiente del empleador Coltrans S.A. para el mes de enero de 2013 sin que con posterioridad hubiese realizado más aportes al sistema, aspecto que fue aceptado por la demandada en la contestación al hecho cuarto.

La pasiva por su parte, motivó la negativa de no acceder al derecho pensional desde el 1º de febrero de 2013, por cuanto la actora no acreditó el retiro del sistema conforme lo establece el artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

Al respecto, debe mencionarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación No. 39206 del 7 de febrero de 2012, realizó un análisis del artículo 13 de la citada disposición en lo que concierne a la diferencia entre causación y disfrute de la pensión en el siguiente sentido:

“Ahora bien, la discrepancia jurídica de la acusación con respecto a la sentencia acusada, radica en el entendimiento que en dicha providencia se asignó a los artículos 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4 de la Ley 797 de 2003, en torno a que, para el disfrute de la pensión, sólo se requiere la desafiliación del Sistema General de Pensiones, sin que tenga ninguna incidencia en contra que el asegurado continúe laborando.

“Es pertinente anotar, respecto de la primera disposición que cita la censura como interpretada erróneamente, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que esta distingue dos conceptos, el de causación de la pensión de vejez y el disfrute de la misma; el primero se refiere a que el derecho nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas y el segundo, apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen, sin ningún otro requerimiento, de allí que no tenga sustento en esta preceptiva, la condición que sostiene la acusación, de que debe darse la desvinculación del trabajador para que pueda comenzar a disfrutar la pensión. Basta remitirnos al contenido textual de la norma aludida, que es el siguiente, para verificar que en ella no se hace ninguna mención a la obligatoriedad de la desvinculación laboral que pregona la entidad de seguridad social vinculada al proceso:

*“Artículo 13. **Causación y disfrute de la pensión por vejez.** La pensión de vejez, se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.”*

“En sentido concordante con el precepto antes visto, se encuentra que el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4 de la Ley 797



de 2003, dispone que la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones cesa en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando este se pensione por invalidez o anticipadamente, pero no dispone ninguna limitante respecto al vínculo laboral que exista para ese momento y, tampoco, impide que se reclame el reconocimiento de la pensión de vejez, aunque se mantenga vigente la relación de trabajo, a partir del momento en que cesan los aportes.

“Acorde con la comprensión dada a los preceptos relacionados, se tiene que la Corte, en reciente pronunciamiento sobre el tema, fijó el siguiente criterio, como marco general de procedibilidad para la percepción simultánea de salario y pensión. Así lo dijo en sentencia de 22 de febrero de 2011, radicada con el número 34514.

De lo anterior, se puede colegir que no es de recibo el argumento de *Colpensiones* para no acceder al derecho pensional desde el 1º de febrero de 2013, toda vez que en el contenido textual de la norma, no se hace ninguna exigibilidad a la obligatoriedad de la desvinculación, y debido a que la demandante para el 27 de marzo de 2011 contaba con 55 años de edad y con más de 1.200 semanas conforme lo regula el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reunía los requisitos legales a dicha data, pues se itera, la norma que regula la materia no exige necesariamente la desvinculación, ya que la obligación surge desde el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por lo que no hay lugar a la negativa del retroactivo deprecado, en el sentido de que la actora tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 1º de febrero de 2013 como lo sostuvo la falladora de instancia, día siguiente al de la última cotización al sistema, retroactivo que debe ser pagado hasta el día 31 de marzo de 2014, día precedente al reconocimiento pensional otorgado por la encartada.

De otra parte, al haber finalizado las cotizaciones en dicha data y haberse solicitado el derecho pensional, resultaba evidente su intención de acceder a dicha prestación. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1810-2020, Radicación No. 73224 del 27 de mayo de 2020, señaló:

“Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (sentencias CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; y SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“Igual sucede cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (Sentencias CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605, SL4611-2015 y SL5603-2016).

“En la citada sentencia CSJ SL 5603-2016 reiterada en la decisión CSJ SL17999-2017, la Corte precisó:



[...]

“En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

[...]

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

“El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

“En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido”.

Ahora bien, realizados los cálculos respectivos, se tiene que deflactando la mesada pensional reconocida para el año 2014 que como ya se dijo, fue reconocida en cuantía de \$1.670.320, el valor total del retroactivo por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2013 y el 31 de marzo de 2014 asciende a la suma de \$24.770.266 conforme se expone a continuación:



Desde	Hasta	Deflactación	IPC	meses	Sub total
1/02/2013	31/12/2013	\$ 1.646.609	1,44	12	\$ 19.759.306
1/01/2014	31/03/2014	\$ 1.670.320		3	\$ 5.010.960
TOTAL					\$ 24.770.266

A pesar de lo anterior, como quiera que la falladora de instancia sostuvo que el monto del retroactivo ascendió a la suma de \$17.146.126, dicho valor se mantendrá incólume pues de una parte no fue refutado por el accionante, y de otra, el presente asunto se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta, por lo que de declararse el valor antes calculado se estaría perjudicando los intereses de la encartada, situaciones todas que conllevan a que la decisión de primer grado se mantenga incólume sobre este puntualísimo aspecto, retroactivo que deberá cancelarse debidamente indexado al momento en que se realice el pago.

De otra parte, habrá de adicionarse la sentencia de primer grado, en el sentido que del retroactivo reconocido, deberá descontarse los aportes a salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, talante último que la Juez primigenia no ordenó en la decisión.

De la excepción de prescripción.

Como lo sostuvo la *a-quo*, dentro del presente asunto no operó el fenómeno prescriptivo, ya que la negativa del reconocimiento del retroactivo pensional fue decidida por la pasiva mediante Resolución VPB 4356 del 28 de enero de 2016, en la que confirmó la Resolución GNR 201139 del 6 de julio de 2015 (Fls. 21 a 22 y 23 a 26), y al haberse presentado la demanda el 9 de mayo de 2018 (Fl. 1), es palmario que no operó el término trienal de prescripción establecido en los artículos 488 y 488 del C.S.T. en concordancia con el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

Por todo lo dicho, la sentencia de primer grado habrá de adicionarse. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

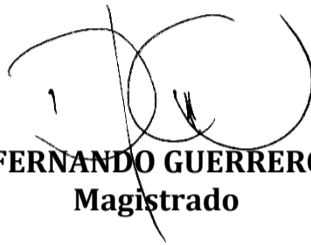


PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a Colpensiones que del retroactivo reconocido a la demandante en la suma de \$17.146.126, se descuenten los aportes a salud conforme lo regula el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

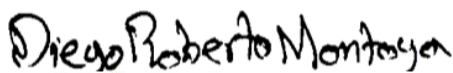
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 07 2018 00371 01
Demandante: ISABEL ANTONIETA CABRERA CALVACHE
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Linda Vannesa Barreto Santa María* identificada con C.C No 1.013.637.319 y T.P No 280.300 del C.S.J.

De otra parte, se allega poder por *Porvenir S.A.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Yesenia Tabares Correa* identificada con C.C No 1.037.608.320 y T.P No 242.706 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 7 de febrero de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral de Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Isabel Antonieta Cabrera Calvache*, formuló demanda en contra de *Colpensiones, Protección S.A* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Porvenir S.A.*, en razón de la inadecuada asesoría e inducción en error.

Por consiguiente, se condene a *Protección S.A* a entregar los respectivos bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en su cuenta individual con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por cobro de administración y servicios financieros. A su vez, se ordene a *Colpensiones* recibir el valor de los aportes existentes y demás emolumentos.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 5 de marzo de 1961, trasladándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en su caso administrado por *Porvenir S.A* el día 1º de abril de 1999.

Que al momento del traslado, el asesor de *Porvenir S.A* no le informó las consecuencias de su traslado tales como las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, sumado a que se le manifestó que de no trasladarse al fondo privado perdería los aportes efectuados al Instituto de Seguros Sociales, pues este se iba a liquidar.

Asimismo, que el asesor comercial le prometió que su pensión sería reconocida al cumplir 55 años y que su mesada pensional sería superior a la que se le otorgaría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, adujo que se trasladó el 1º de octubre de 2001 a *Protección S.A* con similares situaciones de indebida información.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en atención a la prohibición de traslado según los preceptos de las sentencias SU-062 de 2010 y C-789 de 2002, y que a su vez declaró la exequibilidad del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, fue clara y precisa que no es aplicable el traslado de régimen cuando falten 10 años o menos para cumplir la edad requerida para obtener la pensión de vejez, a menos que el solicitante haya cotizado 15 años de servicio, lo cual equivale a 758 semanas al 1º de abril de 1994.

Formuló las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, y la denominada innominada o genérica.

Porvenir S.A. manifestó que para el momento del traslado de la actora, se le brindó toda la información necesaria para que tomara la decisión de trasladarse o no al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que no solamente se le indicó las implicaciones sino también las ventajas y desventajas de permanecer en uno y otro régimen pensional, información que se le suministró de manera verbal en un lenguaje comprensible.



Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante el formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo.

Por su parte, *Protección S.A* precisó que la afiliación que realizara la actora ante sus dependencias en el año 2001, se hizo con observancia de los requisitos y formalidades legalmente previstos, por lo que goza de presunción de legalidad. Igualmente, que en el año 2007 la actora recibió una nueva asesoría pensional, que incluyó la proyección de su mesada, todo lo cual condujo a que decidiera permanecer vinculada al fondo de pensiones.

Formuló las excepciones de inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación, prescripción, excepción genérica, y manifestación especial en relación con la cuantía.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de febrero de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, aspecto que logró ser demostrado por la AFP *Protección S.A.*

Ello en razón a que, la demandante aceptó claramente la documental obrante en el expediente, atinente a que sí recibió la reasesoría el 6 de diciembre de 2007 sobre el cálculo de su pensión previo al cumplimiento de los 47 años, quedando claro que la encartada *Protección S.A* realizó el cálculo de pensión correspondiente a los dos regímenes y se evidencia que el mismo era menor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aun así la demandante firmó el formulario siendo consiente que lo mejor era trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que hubiese realizado los trámites para devolverse a *Colpensiones*, de ahí que se colija que le fue suministrada una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada de las consecuencias que le traería en su futuro pensional la decisión de mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, previo al cumplimiento de la edad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Manifestó que si bien existió una reasesoría en el año de 2007 la cual tuvo en cuenta el *a-quo*, lo cierto es que atendiendo los planteamientos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que debe analizarse es la afiliación que no fue informada por *Porvenir S.A*, ya que la asesoría no se hizo en su momento con los deberes legales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y*



oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 26 de febrero de 1999 a la AFP *Porvenir S.A.* (Fl 124), que tuvo fecha de efectividad a partir del 1º de abril de mismo año según se desprende de la certificación del sistema *SIAFP de Asofondos* (Fl 125), documental que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime



que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte surtido por la representante legal de *Porvenir S.A.*, fue enfática en manifestar que el asesor de la época ya no trabaja a sus servicios, por lo que la única información que reposa respecto de la encartada es el ya referido formulario de afiliación.

Ahora bien, en lo que concierne al análisis de la reasesoría en el año de 2007 que le hiciera la *AFP Protección S.A.*, argumento con el cual se absolvió a las accionadas, se aprecia que en efecto a folio 142, obra una proyección que se le realizara a la demandante el 6 de diciembre de 2007, en la que se comparó la mesada pensional de ambos regímenes, siendo superior la que se le llegare a otorgar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, documento que fuere suscrito por la actora.

Adicional, el mismo 6 de diciembre de 2007 milita un documento en el que la demandante certifica que ha recibido la información relacionada con su situación pensional actual por parte de *Protección S.A.*

A pesar de lo anterior, y atendiendo el criterio pacífico que ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es dable lo decidido por el fallador de instancia, pues no se puede pretender que al haberse brindado una información presuntamente con el lleno de los requisitos en el año 2007 por parte de *Protección S.A.*, ese aspecto se entienda que subsana el yerro al deber de información que en su momento le correspondía a *Porvenir S.A.*

Lo anterior por cuanto no le asiste razón al *a-quo* al estimar que en la reasesoría se advierta que se haya aconsejado el retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por el contrario en el acápite “*resultado del cálculo*” se expresa por el Fondo “*le conviene quedarse en Protección S.A.*” (Fl 142 anverso), lo cual desvirtúa que se haya cumplido con el deber de información.

Otro tópico a resaltar es que el acto del traslado data del 1º de octubre de 2001, y tan solo hasta el año 2007 se brinda nueva información, la cual se acredita además es errónea, al señalarle que le conviene permanecer en *Protección S.A.*; circunstancia por



la cual a juicio de la Sala este actuar en manera alguna subsana la falta al deber de información, por lo que hay lugar a revocar la decisión de primer grado.

Ahora bien, lo anterior implica declarar la ineficacia del traslado y apareja además como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

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

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



Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado y disponer los reintegros en los términos antes señalados. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *ISABEL ANTONIETA CABRERA CALVACHE*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 26 de febrero de 1999, tramitado por *PORVENIR S.A.*

TERCERO: CONDENAR a *PROTECCIÓN S.A* y *PROVENIR S.A* a trasladar a *COLPENSIONES* la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *ISABEL ANTONIETA CABRERA CALVACHE*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 15 2018 00410 01
Demandante: JOSÉ FRANCISCO CERA RODRÍGUEZ y OTROS
Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P - E.T.B.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

Los señores *José Francisco Cera Rodríguez, Rafael Gonzalo Lasso Reyes, Luis Guillermo Cortés Suárez, Héctor Enrique León Vivas, Luis Enrique Mojica, Jorge Omar Nieto Mora, Fabio Pinzón Marín y Guillermo Arturo Triana López*, instauraron demanda ordinaria laboral en contra de la *Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. – ETB*, con la finalidad que se declare que la encartada les debe reconocer la bonificación habitual denominada quinquenio por haber cumplido treinta años al servicio de la empresa, siendo la última unidad de tiempo para efectos del pago de dicho quinquenio, lo que va de los veinticinco años a los treinta años de servicio.

Por consiguiente, se les reconozca como sexto quinquenio lo que ordinariamente se les pagó en el quinto quinquenio, actualizados al equivalente de cinco sueldos devengados actualmente, o la suma que resulte probada.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expusieron que en la encartada funciona la organización sindical denominada Asociación Nacional de Técnicos de Telefonía y comunicaciones Afines – ATELCA, y la denominada Sintrateléfonos, con las que tradicionalmente se han estipulado la bonificación por quinquenio.

Que en virtud de lo anterior, en el año de 1996 se acordó hacer una recopilación total de las cláusulas vigentes, situación que quedó asentada en acta de acuerdo del 1 de marzo de 1996



que agrupa la totalidad de las cláusulas de las convenciones colectivas, de ahí que contenga un capítulo especial para ATELCA, por permitirlo el artículo 3, numeral 5 de la Ley 48 de 1968, recopilación que por demás la pasiva ha aceptado.

Asentaron que en la cláusula 47 de la mentada recopilación, se indicó que se respetarían los derechos adquiridos y se aplicaría el principio de favorabilidad, sin que se haya modificado la cláusula convencional del quinquenio.

Que según la encartada, dice que la regla convencional es que solamente se pagan cinco quinquenios, pero la proposición inicial de la misma no especifica cuántos son.

Manifestaron que todos cumplen con los requisitos para la procedencia del quinquenio pretendido.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que los accionantes aspiran el reconocimiento y pago de un sexto quinquenio y de ahí en adelante no se sabe a cuántos más, sin tener en cuenta que lo pactado convencionalmente se limita perentoriamente a cinco quinquenios, por lo que lo pretendido carece de todo soporte.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a mi representada, cobro de lo no debido, buena fe de la entidad demandada, pago, compensación, prescripción y la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de inasistencia del derecho al sexto quinquenio, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por la encartada.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que de conformidad con las diferentes convenciones colectivas de trabajo que históricamente se han celebrado entre la encartada y Sintrateléfonos, que a su vez se ha extendido a ATELCA, la convención suscrita para el año 1972 y 1973 en su cláusula vigésima asentó el pago de cinco quinquenios, ya que con anterioridad venían pactándose cuatro de ellos, por lo que de la lectura de dicha cláusula convencional, nada advierte que se haya pactado algún quinquenio adicional a los cinco acordados, por lo que a los demandantes no les asiste los derechos alegados.



Por otra parte adujo que, si bien la recopilación de convenciones dejó asentado el pago del quinquenio en su cláusula 23, lo que allí se estableció en nada incide para que se pague un sexto quinquenio.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la decisión. Manifestó que el quinquenio pretendido hace parte del salario, por tal motivo se debe tenerse como adquirido.

También adujo que al negarse el quinquenio se está vulnerando el derecho a la igualdad, ya que resulta inequitativo que a los trabajadores que tienen menos de veinticinco años labrados se les reconozca dicho quinquenio, mientras que a los que ostenten un tiempo superior no se les siga otorgando.

Que en atención del artículo 53 de la Carta Política, a la situación discutida debe dársele una interpretación favorable al trabajador atendiendo lo consagrado en la sentencia C-267 de 2019, insistiendo en que el quinquenio está ligado al salario, tanto así, que la convención colectiva de 1962 trataba la pensión de jubilación con veinte años de servicio, aspecto que debe equipararse con ésta garantía convencional.

Que la cláusula 23 de la de la recopilación de convenciones colectivas 1996 – 1997, en ningún momento habla de que sean cinco quinquenios, sino que habla de un pago proporcional al momento del retiro voluntario, de ahí que dicho pago se pueda efectuar con posterioridad a los cinco convenios inicialmente pactados, por lo que lo pactado debe siempre interpretarse en favor de los trabajadores.

IV.- CONSIDERACIONES

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, el problema jurídico se circunscribe a determinar si a los aquí demandantes les es procedente el reconocimiento y pago del sexto quinquenio pretendido, en atención a las diferentes negociaciones colectivas que se ha acordado con la encartada en el transcurrir del tiempo.

c. Del caso en concreto:



La Sala en primera medida advierte que, el derecho de asociación sindical se encuentra resguardado en los artículos 38, 39, 53 y 93 de la Constitución Política, además que dichos preceptos están cobijados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, así como los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Colombia a través de las leyes 26 y 27 de 1976.

A su vez el Capítulo II del C.S.T., en sus artículos 436 y sub siguientes regula la etapa del arreglo directo y demás disposiciones que regulan la materia, seguido a que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diferentes decisiones ha regulado lo atinente al análisis e interpretación de las cláusulas convencionales, siendo una de ellas la sentencia SL1899-2018, Radicación No. 47146 del 30 de mayo de 2018 donde se indicó:

“Sin embargo, recientemente la Sala ha resaltado el valor esencialmente normativo de las convenciones colectivas de trabajo (CSJ SL4934-2017, CSJ SL16811-2017 y CSJ SL351-2018) y ha avanzado en su jurisprudencia para encontrar entendimientos unívocos de determinadas cláusulas que, por su vocación general e impersonal, deben encontrar lecturas racionalmente armónicas, que resguarden el principio de igualdad ante la ley y eviten contradicciones injustificadas. De esta orientación son un ejemplo las sentencias CSJ SL2733-2015, CSJ SL609-2017, CSJ SL2478-2017, CSJ SL6107-2017, CSJ SL839-2018 y CSJ SL526-2018.

En el marco de la anterior reflexión, la Corte considera preciso insistir en que la solución a los debates interpretativos en torno a dichas cláusulas convencionales depende de cada caso concreto y, por ello, no puede estar guiada bajo una regla general, automática e irreflexiva, sino que debe atender «...las mismas reglas y cánones de interpretación aplicables a cualquier otra norma de trabajo, como, entre otros, el principio de interpretación conforme con la Constitución Política, el indubio pro operario y, por su naturaleza de norma voluntaria, contractual y autoreguladora, el espíritu de las disposiciones y la intención y expectativas de los contratantes, entre otras...» (CSJ SL351-2018)”.

Bajo este escenario, se reitera que lo pretendido por los accionantes es que atendiendo las diferentes convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la encartada y Sinrateléfonos, que a su vez se han extendido a ATELCA, debe pagárseles un sexto quinquenio.

Así las cosas, puntualiza la Sala que en efecto como lo precisaron los demandantes en los supuestos fácticos de la acción, se suscribió una recopilación de convenciones colectivas de trabajo 1996-1997, donde se agrupó la totalidad de las cláusulas vigentes de las convenciones suscritas hasta el 31 de diciembre, inclusive (Fls. 113 a 150), la cual en su clausulado 47 dispone:

“47a DERECHOS ADQUIRIDOS: Este Acuerdo no vulnera derechos adquiridos en Convenciones anteriores, ni los más favorables que consagre el legislador en materia



laboral. En caso de conflicto de aplicación de normas, prevalecerá la más favorable al trabajador.”

Bajo este escenario, la pasiva junto con su contestación de demanda allegó en medio magnético las diferentes convenciones colectivas de trabajo que se suscribieron con anterioridad a los años 1996 y 1997 (Fls. 183 y 184), que por demás siempre se han extendido a la agremiación sindical Atelca como consecuencia de la suscripción de éstas con el sindicato base Sintratelefonos.

En el punto quinto de la convención colectiva de trabajo de 1962, se acordó el pago de cuatro quinquenios a todo trabajador que haya cumplido veinte años de servicios con la empresa.

Para las convenciones de los años 1965, 1967, 1968 y 1970, se mantuvo el pago de los cuatro quinquenios, y en la convención suscrita para a vigencia de 1972 – 1973, fue que se acordó en el Capítulo IV – Cláusula Vigésima el pago del quinto quinquenio, estableciéndose lo siguiente:

*“La Empresa pagará a los trabajadores los Quinquenios en l siguiente forma:
Primer Quinquenio: el valor de los dos y medio sueldos.
Segundo Quinquenio: el valor de tres sueldos.
Tercer Quinquenio: el valor de tres y medio sueldos.
Cuarto Quinquenio: el valor de cuatro sueldos.
Quinto Quinquenio el valor de cinco sueldos.”*

Donde además se reguló la forma de pago:

“La Empresa pagará a partir del 1º de enero de 1972, a los trabajadores que cumplan veinticinco (25) años de servicio en forma continua, el quinto quinquenio, equivalente a cinco (5) sueldos. Para efecto de la liquidación se aplicará el mismo sistema vigente...”
47a DERECHOS ADQUIRIDOS: *Este Acuerdo no vulnera derechos adquiridos en Convenciones anteriores, ni los más favorables que consagre el legislador en materia laboral. En caso de conflicto de aplicación de normas, prevalecerá la más favorable al trabajador.”*

En adelante, se suscribió la convención con vigencia para los años 1976 a 1978, junto con la recopilación 1984 a 2012, donde se fomentaron modalidades distintas a efectos del pago de los quinquenios, sin que existieran condiciones que establecieran pagos de quinquenios más allá de los cinco introducidos en la convención suscrita para la vigencia de los años 1972 – 1973.

Por lo anterior, se puede colegir que a los aquí demandantes no les asiste derecho al pago del sexto quinquenio pretendido, como quiera que atendiendo las diferentes cláusulas convencionales suscritas en el transcurrir del tiempo, en especial a de la convención 1972 – 1973, fue clara la forma en que se pagarían los quinquenios, que se itera, no iban más allá de cinco.



De otra parte, los apelantes encuentran inconformidad de la mala interpretación que el *a quo* efectuó frente a la cláusula 23 de la recopilación de convenciones colectivas 1996 – 1997, toda vez que la misma no restringe la posibilidad de que sean pagados más de cinco quinquenios.

Al respecto, la cláusula de reparo establece:

“23a. QUINQUENIOS:

a) *Además de lo pactado en Convenciones anteriores, la Empresa pagará al personal técnico que haya cumplido el primer quinquenio, el valor de los siguientes quinquenios en forma proporcional por meses trabajados, en caso de retiro voluntario o fallecimiento.*

b) INCIDENCIA:

La Empresa continuará reconociendo, liquidando y pagando los quinquenios como se viene haciendo; es decir, se tendrá en cuenta la liquidación de cesantía definitiva y deben computarse para obtener el promedio mensual de la pensión de jubilación”.

Del contenido clausular, no se advierte que el pago de los quinquenios haya excedido de más de los cinco establecidos en convenciones precedentes, por el contrario, lo que se dispone en el clausulado, tan solo es un pago proporcional de los quinquenios ya pactados, por lo que no resulta de asidero la afectación del principio de favorabilidad como se alega a la luz de los postulados de la sentencia C-267 de 2019 de la Corte Constitucional, pues si bien ésta línea jurisprudencial dispone que no se puede desconocer el valor normativo de las convenciones colectivas, por lo que deben interpretarse como norma jurídica y no simplemente como prueba, del análisis realizado por esta Colegiatura, se insiste que lo allí pactado en nada refiere a más de cinco pagos de quinquenios, máxime si se tiene en cuenta que atendiendo el criterio que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido con este tipo de asuntos, precisamente hace un análisis profundo en el que puntualiza que es deber del Juez Ordinario hacer una interpretación armónica ajustada a la Ley sobre las cláusulas que se acuerden dentro de una Convención Colectiva de Trabajo, pues de ello es que prima el resguardo al debido proceso y a la igualdad de las partes, y a su vez la protección de los derechos alegados por la apelante, como se analizó en este especialísimo caso.

Otro tópico a resaltar, es que los demandantes aluden que los quinquenios deben entenderse como parte íntegra del salario, aspecto que se cae de peso en tanto al ser reconocidos de manera extra legal, en nada inciden con los derechos ciertos e indiscutibles que cada uno de ellos tienen a la luz del C.S.T. y demás normas que regulen la materia; circunstancia por la cual, habrá de absolverse a la encartada de lo aquí pretendido y en tal sentido, la decisión de primer grado habrá de confirmarse. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 24 2018 00446 01
Demandante: JORGE LUIS ABRIL PEDRAZA
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, en contra de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses, y funge La Nación como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Jorge Luis Abril Pedraza*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación ante el fondo privado al existir vicios en el consentimiento, y por consiguiente se declare que la afiliación es válida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*.

En virtud de lo anterior, se condene a *Porvenir S.A* a procesar y tramitar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, por lo cual la primera deberá asumir las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones, junto con el traslado de todas las sumas de dinero aportada incluyendo los rendimientos, cuotas administradoras, intereses y demás deducciones realizadas.

Igualmente, se condene a *Porvenir S.A*. a pagar a título de indemnización de perjuicios la diferencia que pudiera existir entre los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y los que deben acreditarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 2 de agosto de 1954, cotizando al sistema desde el año de 1977; que el 10 de octubre de 2001 se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP *Porvenir S.A*, la cual cumplió con el deber de información y buen consejo al momento de asesorarlo, sin que se le realizara una proyección financiera frente a la opción de pensión, de ahí que no se le permitiera tener una distinción del régimen que más le convenía.

Arguyó además que la AFP le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y no lograría pensionarse, que su pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sería mucho más alta que la que le otorgaría en su momento en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aspectos todos que logran concluir que la información brindada en su momento no fue veraz, oportuna y suficiente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, exponiendo que con el negocio jurídico celebrado entre las partes -suscripción de formulario afiliación- se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales, estaba en cabeza del actor la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado en tanto los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación, por lo que son de público conocimiento y en ese sentido no existía limitación en cabeza del demandante para informarse de las condiciones de su traslado.

Formuló las excepciones de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la denominada innominada.

Por su parte, *Porvenir S.A* adujo que la afiliación del actor a sus dependencias es un acto válido en la medida que se suscribió solicitud de vinculación como traslado de régimen el 24 de septiembre de 2001, de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, tal y como se hace constar al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación.

Propuso las excepciones de prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad, inexistencia del perjuicio alegado, buena fe, genérica y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del demandante ante la AFP *Porvenir S.A.*, ordenándole trasladar a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos que se hubiere causado los gastos de administración.

A su vez, ordenó a *Colpensiones* reactivar la afiliación del actor y corregir su historia laboral una vez reciba lo dineros transferidos por *Porvenir S.A.*

Lo anterior, bajo el entendido que de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales, la carga de la prueba de informar en debida forma los planteamientos al momento de traslado, le correspondía a la AFP, sin que tales aspectos hubiesen sido demostrados, lo que se concatena con la carga de la prueba regulada en el artículo 167 del C.G.P.

Por otra parte, decidió que si bien el demandante solicitó la nulidad de la afiliación, al tenor de la jurisprudencia lo procedente era la ineficacia del traslado de conformidad con lo regulado en la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. apeló la decisión, argumentando que la afiliación del demandante fue un acto válido que cumplió con los efectos jurídicos que se perseguían en el momento en que se efectuó el traslado del régimen correspondiente, no solamente porque haya suscrito el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presión, sino porque además a través del proceso se recaudaron pruebas que constatan el tipo de información y las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad conocida desde siempre por el demandante, lo que conlleva a que definitivamente no puede considerarse la ineficacia como si no hubiese existido un trabajo cuando realmente se tomó de manera consiente, libre y espontánea.

Aduce que se debe abordar el anexo No. 1, en el cual se advierte que al demandante se le dio la información suficiente sobre las diferencias entre uno y de otro régimen, aspectos que conducen a declarar la absolución para el traslado del actor.

Colpensiones apeló la decisión, aduciendo que dentro del proceso no quedó demostrado que el demandante fuera beneficiario del régimen de transición que era la única condición que le permitía retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo. Que frente a la manifestación de los vicios del consentimiento que se alegó en el escrito demandatorio, como quedó probado en el interrogatorio de parte y



lo sustentado en los testimonios, se da cuenta que al demandante se le suministró toda la información relacionada con las características y beneficios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin*



importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del actor en *Porvenir S.A.* del 24 de septiembre de 2001 (Fl. 115), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y*



voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, y si bien la representante legal de la encartada adujo que la información se suministró en legal forma al demandante en su momento, sus dichos no están demostrados dentro del proceso.

La demandada *Porvenir S.A.* alegó tanto en el interrogatorio de parte como en la apelación, que las declaraciones de los testimonios allegados por el mismo demandante, fueron contestes en resaltar que para el momento de la afiliación, *Porvenir S.A* efectuó una información adecuada a derecho.

Su argumento a criterio de la Sala se cae de peso, ya que el testigo *Jorge Antonio Rincón Rogeles*, dijo que la única información que la AFP les brindó al momento de trasladarse era que se podrían pensionar en edades anteriores a las reguladas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que su pensión dependía de aporte que cada uno realizara en su cuenta individual, lo cual no se puede considerar como una información certera de conformidad con los postulados jurisprudenciales.

También *Porvenir S.A* indicó que debe tenerse en cuenta el Anexo No. 1 (Fl. 116), el cual refleja que el demandante fue consiente de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que se trasladó conociendo las prevalencias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, a pesar de que el actor hubiese aceptado las condiciones del Anexo referido, la AFP no demostró la debida información que era de su carga probatoria, de ahí que resulte acertada la decisión de primer grado.

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas



sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

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

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

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 10 2018 00463 01
Demandante: CHARLES MAURICIO NARANJO GARCÍA
Demandado: CASA DE LA VÁLVULA S.A. – CASAVAL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

El señor *Charles Mauricio Naranjo García*, formuló demanda ordinaria en contra de la *Casa de la Válvula S.A. – Casaval S.A.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo de un año, el cual terminó por la encartada sin previa autorización del Ministerio del Trabajo.

Por consiguiente, se condene a la demandada a reintegrarlo a un cargo en igual o mejores condiciones al que ejerció al momento de la desvinculación, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social desde el momento en que se efectuó el despido y hasta que se haga efectivo el reintegro.

Asimismo, se le condene a la encartada al pago de la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con la indexación de todas las sumas pretendidas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el 6 de septiembre de 2011 inició a laborar al servicio de la demandada mediante un contrato de trabajo inferior a un año en el cargo de Auxiliar de Bodega, desempeñando sus funciones en el Municipio de Siberia - Cundinamarca.



Que durante la relación laboral que desempeñó por más de cinco años, realizó sus funciones de manera diligente y eficiente, sin llamados de atención o sanciones. Que el 12 de enero de 2012, durante su jornada laboral, sufrió un accidente de trabajo cuando su pie fue aplastado por una de las llantas del montacargas, comprometiéndose su pie derecho por fractura, por lo que debió ser atendido de manera urgente y sometido a una intervención quirúrgica, donde le implantaron tornillos y una platina para reconstruirle el pie.

Debido a lo ocurrido, Axa Colpatria le determinó una pérdida de capacidad laboral del 12%, al igual que cuando la pasiva puso fin al contrato de trabajo, se encontraba con recomendaciones médicas y restricciones, incluso, aún estaba siendo tratado por ortopedia, terapias y recibía medicamentos para el manejo del dolor.

Que después de sufrir el accidente de trabajo, recibió por parte de la empresa malos tratos y humillaciones, de ahí que en el año 2015 haya interpuesto una queja ante el Ministerio del Trabajo, y cuando la empresa fue citada a dicho ente, se agravó la situación como quiera que fue llamado a rendir descargos y le hicieron un reporte con el Comité de Convivencia, seguidamente con la carta de terminación del contrato de trabajo, la cual se le notificó el 4 de diciembre de 2015.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que en efecto entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra inferior a cuatro meses el cual se fue prorrogando, y a la fecha del finiquito era a término fijo con una duración de un año.

Adujo que el demandante fue objeto de llamados de atención y su comportamiento laboral no era satisfactorio, era trabajador conflictivo, agresivo y de poco rendimiento; puntualizó que en efecto el demandante sufrió un accidente de trabajo el 12 de enero de 2012, sin que al momento del despido tuviera limitaciones de funcionabilidad.

Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, compensación y/o pago y mala fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de febrero de 2020, declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre las partes, cuya última prórroga se desarrolló entre el 6 de enero de 2015 y el 5 de enero de 2016, el cual terminó por expiración del plazo pactado, declarando probada



parcialmente la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, lo que conllevó a la absolución de las pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar indicó que, de las pruebas arrimadas al proceso en concordancia con la aceptación de la pasiva en su contestación demanda, entre la partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de cuatro meses que tuvo como extremo inicial el 6 de septiembre de 2011 hasta el 5 de enero de 2012 donde el demandante desempeñó el cargo de Auxiliar de Bodega, siendo su primera prórroga desde el 6 de enero de 2012 hasta el 5 de mayo de 2012, la segunda prórroga desde el 6 de mayo de 2012 hasta el 5 de septiembre de 2012, la tercera prórroga desde el 6 de septiembre de 2012 hasta el 5 de enero de 2013, última calenda a partir de la cual solo podían realizarse prórrogas automáticas en interregnos de un año, por lo tanto, la primera prórroga terminó el 5 de enero de 2014, la segunda prórroga inició el 6 de enero de 2014 y finalizó el 5 de enero de 2015, y la tercera prórroga inició el 6 de enero de 2015 y culminó el 15 de enero de 2016, y en virtud a que la pasiva aceptó que el 4 diciembre de 2015 comunicó la terminación del contrato de trabajo a partir del 6 de enero de 2016, concluyó que el finiquito de la relación laboral lo fue el ya referido 6 de enero de 2016, por cuanto se emitió el preaviso de que trata el C.S.T.

Seguidamente, concluyó que con relación a la estabilidad laboral reforzada conforme lo dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, atendiendo los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que prospere dicha indemnización se deben acreditar unos requisitos como lo son (i) que el trabajador se encuentre afectado por una discapacidad de grado moderada, esto es, con un pérdida de capacidad laboral entre el 15% y 25%, (ii) que el contrato de trabajo le haya sido terminado al trabajador, y, (iii) que el contrato hay finalizado con ocasión de la discapacidad sin previo aviso del Ministerio del Trabajo, situación que no sucedió dentro del presente asunto.

Ello en razón a que, si bien el demandante tuvo un accidente de trabajo en el año de 2012, respecto del cual la ARL Axa Colpatria le determinó una pérdida de capacidad laboral del 11.55%, no se logró probar que el motivo del despido se hubiese dado como consecuencia de una situación de discapacidad, ya que para la fecha de la terminación del contrato el actor no se encontraba incapacitado, aunado a que tampoco logró demostrarse el grado de discapacidad moderada que regula la Sala Laboral de la Core Suprema de Justicia que por lo menos debía ser del 15%, y que si bien al demandante se la ARL emitió recomendaciones de carácter laboral, en ningún momento de determinó que el actor no fuese apto para desempeñar sus funciones.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante apeló la decisión. Mencionó que la discapacidad se acredita con el concepto de rehabilitación fechado del mes de marzo de 2016, aunado a ello que el trabajador podía continuar desarrollando las actividades de su cargo, en tanto las mismas persisten actualmente en la empresa, de ahí que se deba mantener a su favor la garantía de la estabilidad laboral reforzada en los términos de la Ley 361 de 1997.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

El problema jurídico se contrae a determinar si el actor es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada consagrada en la Ley 361 de 1997.

c. Caso concreto:

Sea lo primero indicar que como lo sostuvo la falladora de instancia, no fue objeto de reproche que entre las partes existió inicialmente un contrato de trabajo a término fijo de cuatro meses, que tuvo diferentes prórrogas, vínculo que finalizó el 6 de enero de 2016, fecha última que se advierte con la carta de finalización del contrato de trabajo que le comunicara la encartada al señor *Charles Mauricio Naranjo García* el 4 de diciembre de 2015 y que no fuese refutada de falsa, aunado al hecho que también obra certificación laboral emitida por la pasiva del 22 de enero de 2016, que advierte los anteriores extremos temporales, cuyo salario al finiquito ascendía a la suma de \$741.353 (Fls. 57 y 125).

Tampoco fue objeto de reproche que la ARL Axa Colpatria calificó una pérdida de capacidad laboral del demandante como accidente de trabajo sucedido el 12 de enero de 2014 en un 11.55%, prueba de ello es el respectivo dictamen efectuado el día 20 de diciembre de 2012 (Fls. 10 a 13 y 59 a 62).

Bajo este escenario, en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su



limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

En la citada providencia la Corte concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.



Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.”

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:

“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”

“[...]”

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace



merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.

Un entendimiento razonable de la anterior postura, señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

En ese orden de ideas, para la prosperidad de las pretensiones del demandante, se debía acreditar, como primera medida, el supuesto fáctico que la normativa en comento protege, esto es, que ninguna persona en situación de discapacidad sea *despedida* o su *contrato terminado* por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

Ahora bien, el Alto Tribunal en sentencia SL2841-2020, Radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, hizo un análisis exhaustivo sobre la estabilidad reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, donde además categorizó una nueva expresión para las personas sobre las que verse esta figura, entendiéndose esta como *“discapacidad relevante”*.

Como ya se hizo referencia, no cabe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2011 y el 6 de enero de 2016, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de Auxiliar de Bodega.

Así las cosas, descendiendo al caso de autos, dentro del plenario obra a folio 14 el concepto médico de aptitud laboral emitido por Axa Colpatria el 16 de noviembre de 2012 respecto del demandante, donde se determina que el actor se encuentra apto para desempeñar sus funciones con ciertas recomendaciones tales como *“alternar postura sedente con la de pie de acuerdo a tolerancia o fatiga de la extremidad, puede realizar desplazamientos puntuales por terrenos irregulares tomando las medidas necesarias para evitar lesiones sobre la parte del cuerpo afectada, puede subir y bajar escaleras u otras superficies en forma puntual tomando las medidas necesarias para evitar lesiones sobre la parte del cuerpo afectada, manipulación de carga sin adecuadas ayudas mecánicas hasta de 5 kilogramos de forma bimanual, levantamiento de carga sin adecuadas ayudas mecánicas hasta d 10 kilogramos de forma bimanual, uso de calzado amplio y cómodo que permita adecuada estabilidad del pie, control con fisioterapia, recibir*



inducción o reinducción al puesto de trabajo de acuerdo a los planes establecidos por la empresa, con énfasis en salud ocupacional, cumplir con las normas de salud ocupacional que se han establecido por la empresa de acuerdo al panorama de factores de riesgo, utilizar todos los elementos de protección personal requeridos para el cargo de acuerdo al panorama de factores de riesgo, extender el cumplimiento de estas recomendaciones a las actividades realizadas fuera del trabajo”.

En folio 63, obra un segundo concepto médico de aptitud laboral que emitiera Axa Colpatria el 17 de septiembre de 2013, en el que se insiste sobre la aceptación de labores por el demandante con ciertas recomendaciones en similares condiciones a las del concepto de aptitud atrás referenciado.

A folios 15 y 64, un tercer concepto médico de aptitud laboral de calenda 19 de junio de 2015, donde la ARL Axa Colpatria reitera la posibilidad de que el actor puede desempeñar sus funciones con ciertas recomendaciones tales como *“no usar sandalias o chancletas, puede cargar y transportar hasta 20 kilogramos de peso, puede utilizar botas de seguridad con plantilla interna, evitar realizar caminatas prolongadas de más de tres horas continuas o por terrenos irregulares o con desniveles pronunciados”*, entre otras recomendaciones.

En los folios 65 a 66 se registra el concepto de cierre de la rehabilitación integral del demandante emitido igualmente por Axa Colpatria el 1º de marzo de 2016, que refleja como descripción que el demandante tiene una movilización activa y pasiva limitada en los últimos grados de movimiento del tobillo derecho, los patrones motores se encuentran completos y tiene patrón de marcha normal, así como que su tobillo y pie derecho son funcionales, situación que se acompasa con la situación de evaluación de trabajo para seguimiento ocupacional efectuada por la ARL el 2 de diciembre de 2015 (Fls. 68 a 70), en la que se tuvo como concepto de evaluación que los perfiles de las tareas ocupacionales asignadas al demandante en el cargo de asistente en línea cumplen con las recomendaciones medico laborales, de ahí que pudiera desempeñar su rol ocupacional en la Bodega del Parque Industrial Celta donde se mantengan las medidas de control administrativo que garanticen el entorno de bienestar, confort y seguridad.

Al unísono, obra carta comunicada por Axa Colpatria al empleador el 30 de octubre de 2015, en la que se le expresa que el demandante para dicha data se encontraba realizando terapias físicas con el proveedor Humana Vita S.A.S., realizando 4 terapias físicas y tenía pendiente de realizar otras seis sesiones ya programadas en los días sábados, y que para dicho momento se encontraba en manejo de secuelas por parte de fisioterapia y ortopedia que incluyen terapias físicas y manejo analgésico.



Se decretó el interrogatorio de parte de la representante legal de la pasiva señora *Judy Ximena Delgado Sánchez*, quien mencionó que, en la actualidad la empresa tiene afiliados a sus trabajadores con la ARL Sura y al momento del accidente del demandante, estaba afiliado a la ARL Axa Colpatria. Que el tratamiento que la empresa dio con ocasión del accidente del demandante fue el de acudir a la ARL Axa Colpatria quien asumió las prestaciones asistenciales, que el demandante fue intervenido quirúrgicamente y se hizo el respectivo seguimiento de su recuperación.

Seguidamente manifestó que, el contrato de trabajo del demandante finalizó por cuanto no fue prorrogado, y que Ministerio del Trabajo cerró el caso del actor referente a la estabilidad laboral al no contar con algún tipo de argumentos sobre la existencia de la misma. Que el demandante fue una persona grosera con todos los organismos de la compañía e incluso profirió amenazas.

Por su parte, el actor en el interrogatorio de parte que absolvió indicó que no recibió ni se notificó del concepto de cierre de rehabilitación integral emanado por la ARL Sura referente al accidente de trabajo que le sucedió en la empresa, y que incluso en la actualidad se encuentra en proceso de recuperación, pero lo que sí recibió fue el documento concerniente al concepto médico de aptitud y capacidad laboral expedido por la ARL el día 3 de marzo de 2015.

Que presentó acción de tutela en contra de la encartada tendiente a obtener el reintegro por habersele despedido encontrándose en discapacidad laboral, aunado a que realizaba actividades físicas dentro de la compañía las cuales implicaba terapias.

Adujo el no recordar cuál fue la fecha de la última terapia antes de la terminación del contrato de trabajo, y que todavía tiene pendientes dos cirugías por practicársele para extraer material que tiene en el pie y controlar el dolor. Que para el 4 de diciembre de 2015, no se encontraba incapacitado ya que estaba en la empresa laborando, y que el 6 de enero de 2016 tampoco presentaba incapacidades, puntualizando que la ARL le hizo un pago derivado de la pérdida de capacidad laboral aproximadamente de \$3.200.000.

El testigo *Antony Velásquez Obregosa* rindió declaración, en la que expuso que laboró al servicio de la demandada desde el 11 de marzo de 2007 hasta el mes de marzo de 2017 cuando renunció por motivos personales.

Que tiene conocimiento que, el contrato del demandante con la encartada era un contrato a término indefinido, sin saber si el actor se encontraba incapacitado para el 4 de diciembre de 2015. Dijo que el demandante inició como Auxiliar de Bodega y terminó como Asistente Administrativo, y él como testigo inició en el área de bodega de la compañía y terminó en la parte administrativa.



Que las labores físicas que desarrollaba el demandante como Asistente Administrativo eran las de facturación de certificados de calidad sobre cada material que saca la empresa, precisando no tener conocimiento por qué finalizó el contrato del actor, ni que este hubiese sido calificado por la ARL.

Por último, asentó que cuando la empresa hacía las pausas activas el actor hacía ejercicios, cumpliendo este con todas las funciones que se le encomendaban, así como que la empresa contrató un instructor de ejercicios que asistía cada tres días entre las 12:30 p.m. y la 1:30 p.m.

Asimismo, se surtió el testimonio de *Julián Alberto Valencia Giraldo*, Coordinador Logístico de la demandada, quien expresó que trabaja con la pasiva desde el 2 de febrero de 2009, inicialmente como Jefe de Bodega y después como Coordinador.

Que el actor para el momento del accidente era Auxiliar de Bodega, por lo que apoyaba toda la operación de la bodega como era el cargue y descargue, alistamiento de vehículos y demás funciones que le fueran asignadas. Que no conoce cuál fue el último cargo desempeñado por el demandante, desconociendo si a finales del año de 2015 el actor se encontraba incapacitado y no tiene presente hasta qué fechas hizo las terapias.

Adujo que el demandante en su actividad laboral tenía que cumplir con una serie de pausas consistentes en una o dos horas al día, así como que para finales del año 2015 desarrollaba con normal desempeño sus funciones.

Del caudal probatorio analizado, puede colegir la Corporación que dentro del presente asunto el actor no logró demostrar que, para el momento del finiquito del contrato de trabajo, esto es el 6 de enero de enero de 2016, se encontraba en un estado de discapacidad relevante que hubiese sido el detonante para que la encartada hubiese desatendido las circunstancias de la estabilidad laboral reforzada pregonada en la Ley 361 de 1997.

Al respecto, nótese que como lo consignó la *a-quo*, no obran pruebas dentro del plenario que adviertan a la Sala que para el momento de la terminación del contrato de trabajo el demandante se encontrara incapacitado, o con alguna deficiencia que soslayara su actividad laboral, pues incluso, el mismo actor confesó en el interrogatorio de parte practicado que sus funciones las desarrolló con normalidad.

Ahora, si bien se advirtió que en el transcurso de la relación laboral el demandante tuvo un accidente laboral, más exactamente en el año 2012, que le causó fractura del hueso del metatarso de 1, 2 y 3 metatarsiano y 2 cuña a nivel cortical derecho como da fe el dictamen emitido por la ARL Axa Colpatria (Fl. 10 a 13), esto no puede entenderse como



un amparo automático para la procedencia de la *discapacidad relevante*, en tanto, conforme a los postulados emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se reitera, el demandante no estaba alienado a alguna discapacidad, por el contrario, lo que se advierte es que el señor *Charles Mauricio Naranjo García* como consecuencia del accidente, estuvo en constantes recomendaciones médicas que emitiera la ARL sobre su puesto de trabajo, las cuales el empleador cumplió a cabalidad como así lo hizo saber el Concepto de Cierre de Rehabilitación Integral que se emitiera por Axa Colpatria el 1º de marzo de 2016, donde se concluyó que las actividades desempeñadas por el demandante cumplían con las indicaciones médico laborales.

Como corolario de lo anterior, el accionante no contaba con la garantía de la estabilidad laboral reforzada, finiquitando el contrato por el vencimiento del término pactado, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN

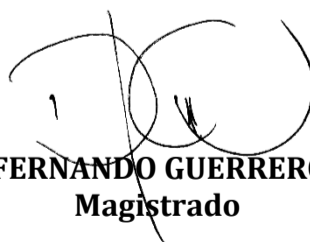
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

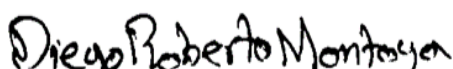
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

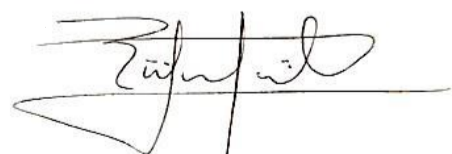
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **02201700564 01**
Demandante: ROBERTO DE LA ESPRIELLA PEREIRA
Demandado: BIOLOGIA MOLECULAR LTDA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida el 30 de enero del 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Roberto de la Espriella Pereira*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Biología Molecular Ltda.* a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo en la forma y condiciones previstas en el artículo 21 del C.S.T.

En consecuencia, solicita que se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales como son primas de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones proporcionales, la indemnización por despido injusto, la indemnización prevista en el artículo 29 de la Ley 789 del 2002 y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que entre el 1° de febrero del 2010 y el 20 de febrero del 2014 se desempeñó como Gerente de una sociedad irregular de hecho y desde el 21 de febrero del 2014 hasta el 11 de enero del 2017 ejerció el cargo de Gerente General; que renunció por causas imputables al empleador de



conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con el artículo 62 literal b) del C.S.T.

Aduce que el salario promedio que devengó fue de \$8.300.000 y aunque la demandada realizó el pago de prestaciones, nunca realizó el pago de lo establecido en la ley.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación aceptó que el demandante laboró para dicha empresa del 1° de febrero del 2010 al 11 de enero del 2017, data en la cual el trabajador renunció de forma voluntaria. Precisa que el demandante efectivamente ejerció el cargo de Gerente General, precisando que como la entidad se encuentra en proceso de insolvencia los pagos cuyo origen es anterior al inicio del proceso, pueden realizarse dentro de él.

Formula como medios exceptivos los que denominó buena fe, la genérica, responsabilidad exclusiva del actor y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de enero del 2020, condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de \$107.133.698 por concepto de auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones, por el periodo comprendido del 1° de febrero del 2010 al 11 de enero del 2017; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de buena fe y culpa exclusiva del actor, propuesta por la demandada y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión adujo que no existe discusión en cuanto a la existencia del vínculo laboral, por cuanto la demandada aceptó que este se extendió del 1° de febrero del 2010 al 11 de enero del 2017, además de la prueba documental se acredita que desempeñó el cargo de Gerente y conforme lo confesado en el interrogatorio de parte se le adeudan salarios y prestaciones sociales.



Procedió a fulminar condena por las prestaciones sociales alegando que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, tomando como salario el mínimo legal mensual vigente para las anualidades de 2010 a 2012 y 2016, por no existir prueba del salario devengado, para las demás anualidades se tiene como salario el probado en folios 22 a 35, para una condena total de \$107.133.698.

Frente a la indemnización por despido injusto el *a-quo* no formula condena alguna aduciendo que si bien obra una carta de renuncia de diciembre del 2016 el actor en la demanda aduce que la relación laboral finalizó en enero del 2017, además conforme al interrogatorio de parte advierte el Despacho que el demandante abandonó el cargo.

Igualmente en lo que respecta a la indemnización por falta de pago, del certificado de cámara y comercio se desprende que el demandante fungía como Gerente y Representante Legal de la demandada hasta el 11 de enero del 2017, es decir conforme las facultadas otorgadas tuvo entre otras la de ejecutar todos los actos y contratos que se desprenden del cargo de Gerente lo que implica que el demandante pudo gestionar el reconocimiento y pago de sus salarios, así como las prestaciones sociales. A más que no se evidencia mala fe pues fue la propia hermana del actor quien confió los hilos de la administración de la empresa al demandante quien su familiaridad con este impedía que se realizara una Junta Directiva ni presentó el correspondiente Estado de Resultados, situación que sin duda alguna generó que la empresa entrara en proceso de reorganización financiera, como se indica en las pruebas de folios 189 y siguientes.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el extremo demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la renuncia fue presentada en enero 11 del 2017 y no es dable estimar que es responsabilidad del demandante el pago de las cesantías, máxime que el artículo 65 del C.S.T se limita al no pago de las prestaciones sociales, lo que no ocurrió entre el 11 de enero del 2017 y la fecha de presentación de la demanda.

A su turno la demandada aduce que las actuaciones desplegadas por el



demandante fueron irresponsables y todos sus actos atentaron contra los intereses de la demandada, al punto que la empresa se encuentra en un proceso de reorganización. Asimismo, reitera que el demandante es responsable de los hechos de la demanda, pues durante la vigencia de la relación laboral desatendió todas sus obligaciones, luego si como Gerente omitió el pago de sus prestaciones sociales no puede beneficiarse de dicha omisión.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico si el actor tiene derecho al pago de prestaciones sociales insolutas y al pago de la sanción por el no pago de prestaciones sociales

c. Del Vínculo Laboral:

En el *sub-lite* no existe controversia alguna en cuanto a que entre las partes existió un vínculo de carácter laboral que se extendió del 1° de febrero del 2010 al 11 de enero del 2017, por cuanto tales supuestos de facto fueron admitidos por la pasiva en su escrito de contestación.

d. De las Prestaciones Sociales Adeudadas:

En lo que a este punto concierne, es patente que conforme lo dispuesto en nuestro C.S.T la existencia del vínculo laboral genera una serie de obligaciones a cargo del trabajador y del empleador.



Ahora, dentro de las referidas obligaciones a cargo del empleador (Art. 57 C.S.T), cobra vital importancia a más del reconocimiento y pago de una remuneración, la cancelación de las demás acreencias laborales y prestaciones sociales establecidas por el legislador; acreencias laborales tales como vacaciones (Art. 186 C.S.T), prima de servicios (Art. 306 C.S.T), auxilio de cesantías (Art. 429 C.S.T) e intereses de cesantías (Art. 99 de la ley 50 de 1990).

Se constata además que la convocada a juicio no acreditó en forma alguna el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, ni las vacaciones durante la vigencia de la relación laboral, confiesa la demandada en su interrogatorio de pare que a la fecha adeuda dichas acreencias laborales, precisando que en dicha intervención la hoy representante legal de la demandada y hermana del demandante, expresa que luego de fallecer su cónyuge, su hermano le pide trabajo y ella decide nombrarlo como Gerente y Representante Legal de la Compañía, pese al rechazo de los trabajadores de la empresa, quienes fueron renunciando luego de que este asumiera su cargo; sin embargo, ella no permanecía en la compañía y dejó esta a cargo de su hermano, por tanto él podía manejar su tiempo, la empresa, las compras y las comisiones, explica que jamás la dejó realizar una junta directiva y en una ocasión que ella lo intentó el se lo impidió, además no permitía que le dijeran nada, hasta que a mediados del 2016 abandonó la empresa porque no pudo con ella y a finales de ese año remitió la carta de renuncia a su domicilio, sin que se haya visto con el desde hace más de 2 años, pero debido a los manejos del demandante la empresa quedó mal económicamente y en estos momento se está organizando nuevamente.

Así mismo, se corrobora que la empresa entró en proceso de reorganización del 17 de abril del 2018 (Fls 89 a 107)

Así las cosas, vale la pena indicar en primera medida que si bien es cierto que el demandante como Gerente y Representante Legal de la entidad, tenía la potestad de realizar todos los trámites pertinentes para realizar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que le correspondía, también lo es que dicho dislate no puede servir de fundamento jurídico para desconocer los derechos laborales que le asistían como trabajador, por tratarse de derechos contemplados en una norma de orden público que son mínimos e irrenunciables, salvo los casos en que la ley lo exceptúe, conforme lo dispuesto en el artículo 14 del C.S.T.



De esta manera, como quiera que no existe ninguna disposición legal que permita relevar al empleador del reconocimiento y pago de las acreencias laborales estipuladas en la legislación labora a favor de sus trabajadores, incluso cuando quiera que el trabajador tuviera injerencia en el incumplimiento de las mismas, legalmente la Sala no puede disponer la absolución de la demandada respecto de las mismas.

e. Sanción Moratoria

Frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato.

No obstante, precisa la Sala que las citadas sanciones no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables. Postura que fue adoptada de antaño por la jurisprudencia nacional, verbigracia en sentencia SL-1314 del 9 de septiembre del 2020, indicó:

“Sobre la materia, esta Sala tiene adoctrinado que dichos conceptos sancionatorios no operan automáticamente porque, en cada caso en particular, es necesario determinar si la conducta del empleador estuvo revestida de razones atendibles que justifiquen la omisión (CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186, CSJ SL665-2013, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL6621-2017 y CSJ SL 2478-2018).”

En el sub examine la a quo se abstuvo de imponer el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, aduciendo que en el sub lite existía buena fe por parte de la convocada a juicio en la medida en que el demandante fungió como Representante Legal y Gerente de la entidad, por tanto, este pudo gestionar el reconocimiento y



pago de sus prestaciones. Argumento del cual se aparta el libelista en la alzada, refiriendo en síntesis que luego de su renuncia el demandante no podía realizar tal gestión y se probó que luego de terminada la relación laboral la pasiva continuo adeudando las prestaciones sociales al mismo.

Siendo ello así, para la Sala cobra vital importancia recordar que en el sub examine las condenas fulminadas por concepto de prestaciones sociales, se dieron en relación a todas y cada una de las causadas a lo largo del vinculo laboral, así pues, recuerda la Sala que en efecto quedo plenamente acreditado en el proceso que desde el año 2010 el demandante desarrolló el cargo de Gerente y Representante Legal de la entidad, por manera que dentro de sus facultades estaban las de presentar los correspondientes informes de gestión a la Junta Directiva, designar los empleados y su remuneración y en sí ejecutar todas las actividades tendientes para el giro ordinario de los negocios de la empresa, tal como lo ilustra el certificado de cámara y comercio de folios 7 a 8.

Aunado a lo anterior se recuerda que el Representante Legal como Administrador de la empresa acorde lo dispuesto en el artículo 22 del Código de Comercio, debe obrar de buena fe, con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad, teniendo la obligación legal de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Comercio.

De cara a lo indicado para la Sala resulta absurdo que el hoy demandante pretenda alegar la mala fe de la demandada en el incumplimiento de las obligaciones legales que le incumbían respecto al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, cuando el actor durante el tiempo que laboró con la compañía como Gerente y Representante Legal, jamás puso de presente que no se le estaban cancelando las prestaciones sociales, siendo su propia obligación velar por el cumplimiento de las obligaciones legales a cargo de la entidad.

Sobre este particular, debe llamar la atención la Sala en que la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en reiterados casos en los que se ha analizado el pago de la moratoria respecto de Gerentes o Representantes Legales, la importancia de tener en cuenta los alcances que tiene quien ostenta dicho cargo y la buena fe y actuar que deben tener, dada la confianza que se deposita en este al ser nombrado



en dicho cargo, dando paso en varias providencias a la absolución de la moratoria respecto de las empresas enjuiciadas.

Así en sentencia SL 459 del 17 de julio del 2012, puntualizó:

“El aspecto trascendental por el cual el ad quem absolvió de la sanción moratoria, consistió en que a su juicio, existió buena fe de la empresa demandada durante la relación laboral, y que como a quien correspondía el manejo administrativo, financiero, de producción, comercialización y de personal era al propio actor en calidad de Gerente, era obvio que tenía control respecto de los pagos que se le hacían, de allí que, a partir de las declaraciones recibidas, no halló una actuación reprochable como para imponer la indemnización.

En tal sentido es claro que las pruebas que se enlistaron como valoradas con error, en verdad no fueron el soporte de la determinación del juez plural, de manera que entiende esta Corte que su reproche es por su no apreciación en todo caso, su contenido es el que sigue:

La comunicación obrante a folios 227 y 228, da cuenta de unas precisiones que la Junta Directiva de la empresa le hizo, en tanto halló deficiencias en el manejo de Patiño Murillo, relacionadas con el bajo desempeño en el área comercial, la falta de gestión en el cobro de cartera, igual que de auditoría en los cobros, el desacuerdo respecto de la rotación de la cartera, el precario control sobre las ventas, la ausencia de implementación de un programa de ventas, y otros reparos sobre la actitud asumida en su cargo que incidió en el ambiente laboral aunado a que allí se anotó que el actor no había efectuado los abonos al préstamo de vehículo, y se pidió solucionar tales aspectos en un lapso no superior a 60 días; ese documento no lleva a una conclusión diametralmente opuesta de la que llegó el Tribunal, pues el hecho de que se le indicaran fallas en el cargo, era el resultado de la potestad disciplinante de la Junta Directiva sobre el Gerente, quien por las características del empleo debía velar por el correcto funcionamiento de la empresa, sin que ello conlleve a inferir que controlaban palmo a palmo cada una de las peculiaridades de los trabajadores, menos la del demandante, quien, tal como lo dedujo el ad quem y no aparece desdibujado por los argumentos aquí



expuestos, era quien se encargaba de todos los aspectos financieros, comerciales y administrativos.

En tal sentido la deducción del Tribunal no se muestra abiertamente contradictoria con dicha prueba, pues era dable entender que como sus funciones estaban estrechamente ligadas con el devenir de la empresa, y éste ejercía autoridad sobre cada una de las dependencias, entre ellas la relativa al pago de la nómina, le correspondía asumir los correctivos pertinentes en caso de encontrar irregularidades y que al no hacerlo, no era viable traspasarle sus obligaciones a la sociedad, quien depositó en él la confianza.
(Subrayado fuera de texto)

En igual sentido, en sentencia con Rad.37592 del 28 de febrero del 2012, indicó:

“En consonancia con lo anterior, se observa que en la liquidación de prestaciones sociales, visible a folio 26, consta que ese trabajador llevaba más de un año al servicio de la empresa, de modo que si en ese tiempo no corrigió la supuesta equivocación que se presentó en su retribución salarial, fue porque, al parecer había convenido en ella, pues, de lo contrario, quién más que él, en su calidad de representante legal, podía cambiar esa irregularidad o, al menos, proponerla a la junta de socios de la compañía, por lo que su inactividad, en ese sentido, no puede abrir paso a la imposición judicial de carga moratoria, pues, como paradigma de la vida en sociedad, la buena fe informa y guía el obrar de los hombres.”

De cara a lo enunciado para la Sala si existió buena fe por parte de la convocada a juicio, pues es claro que la hermanda del demandante como dueña de la empresa depositó en el actor toda su confianza al nombrarlo como Gerente y Representante Legal de la entidad, por ende asumió en la buena gestión del demandante y en que este cumpliría con las obligaciones a su cargo, se itera entre estas, la obligación de hacer cumplir las obligaciones legales, dentro de estas las de orden legal que le imponían a la compañía cancelar las prestaciones sociales al demandante. Así pues, el incumplimiento de dicha obligación por parte del actor, no puede hoy redundar en su propio beneficio, para acceder a la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales. En tanto, se itera no evidencia la Corporación mala fe en el actuar de la convocada a juicio.



Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

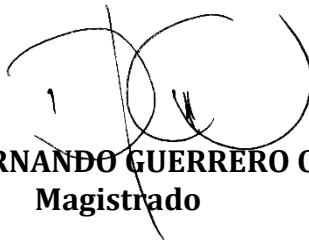
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

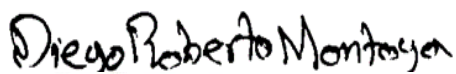
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de enero del 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2018 00769 01
Demandante: GLORIA ISABEL QUINTERO FANDIÑO
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Michael Cortazar Camelo* identificado con C.C No 1.032.435.292 y T.P No 289.256 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 22 de enero de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Gloria Isabel Quintero Fandiño*, formuló demanda en contra de *Colpensiones*, *Protección S.A.* y *Old Mutual S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la encartada *Old Mutual S.A.*, y con posterioridad a *Protección S.A.*

Por consiguiente, se ordene a *Protección S.A* trasladar a *Colpensiones* todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 30 de julio de 1961, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 62 años de edad, ostentando más de 1.272 semanas de cotización.

Que en el mes de julio de 1997, fue abordada por un asesor comercial de *Old Mutual S.A*, quien la persuadió con información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia a efectos de que realizara el traslado de régimen pensional, indicándole que si se trasladaba tendría derecho a un bono pensional que podría utilizar en el momento que quisiera, pero sin explicarle en qué consistía el referido bono.

Que además se le comunicó que se podría pensionar a cualquier edad, sin esclarecer los montos y condiciones y las modalidades de pensión; se le infundió temor al exponerle que el ISS se iba a extinguir y por tanto sus aportes a pensión desaparecerían, nunca se le informó cómo se calcularía su pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y no se le mostró una proyección de su pensión.

Seguidamente puntualizó que, en el mes de marzo de 2001 fue abordada por una asesora de *Protección S.A*, quien en el mismo sentido dejó de suministrar la debida información en cuanto a las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Protección S.A. contestó la demanda, aduciendo que la afiliación que hizo la actora ante sus dependencias en el año 2001 fue un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, máxime si el formulario de afiliación fue suscrito de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la denominada innominada o genérica.

Old Mutual S.A manifestó en su contestación que la afiliación de la demandante fue totalmente válida, ya que al momento del traslado, se le brindó toda la información pertinente para que su traslado se efectuara de forma libre, espontánea e informada, de ahí que la afiliación tenga validez por la decisión voluntaria y unilateral de la señora *Gloria Isabel Quintero Fandiño*.

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



Colpensiones expuso en su contestación que lo pretendido por la demandante es una situación que debe ser resuelta por la autoridad judicial competente, puntualizando que no es merecedora del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Old Mutual S.A* el 21 de julio de 1997, junto con la realizada a *Protección S.A* el 25 de enero de 2001, para entenderla válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*.

Asimismo, condenó a *Protección S.A.* trasladar a *Colpensiones* todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias en el evento que hubiere hecho, bonos pensionales en caso de estar redimidos, junto con todos los rendimientos financieros e intereses causados, ordenando a *Colpensiones* recibir el traslado de los dineros que se efectúe.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales sobre la carga de la prueba que le asiste a las AFP de demostrar una debida información en la asesoría al momento del traslado, las encartadas no lograron demostrar durante el debate probatorio haber cumplido con la información veraz, completa, profunda y oportuna sobre las implicaciones entre uno y otro régimen pensional.

Igualmente, arguyó que la escogencia entre una y otra administradora pensional, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar ostensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, de ahí que sean ineficaces los traslados posteriores en el mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, aduciendo que el fallador de instancia no tuvo en cuenta que con los negocios jurídicos que se efectuaron entre las AFP, es evidente el perjuicio como entidad, toda vez que dentro del lapso en que se efectuó el



primer traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se pudieron llevar a cabo todas las actividades administrativas y económicas sobre las cotizaciones que se encuentran facultadas dentro de la normatividad de la Ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que al ser ineficaz el traslado, las cargas prestacionales correrían por su cuenta, situaciones todas que están en contravía del principio de sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y*



oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 21 de julio de 1997 a *Old Mutual S.A.*, que tuvo fecha de efectividad a partir del 1º de septiembre de 1997 según se desprende de la certificación del sistema *SIAFP* de *Asofondos* (Fls. 38 y 112), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se



haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, aspecto que s acompasa con lo indicado con la representante legal de *Old Mutual S.A.*, ya que dijo no tener conocimiento de tipo de asesoría que se dio en su momento por la AFP *Pensionar*, hoy *Old Mutual S.A.*

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

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben



retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de



mayo de 2019, “la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

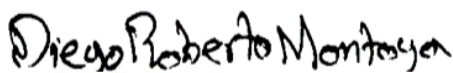
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de enero de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

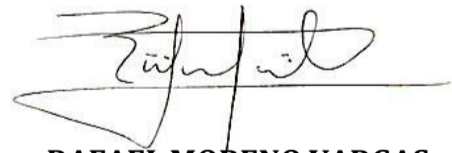
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 37 201900347 01
Demandante: MARIA EMELIA LINARES GARZON
Demandado: CONCEPCIÓN BERNAL GARZÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 29 de enero del 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Emelia Linares Garzón*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Concepción Bernal Garzón*, para que se declare que entre las partes existió un contrato a término indefinido del 26 de diciembre de 2007 al 23 de febrero del 2019, data en la cual fue despedida sin justa causa; que durante la relación laboral devengó el salario mínimo mensual legal vigente y se desempeñó en el cargo de empleada doméstica, sin haber recibido el pago de las prestaciones sociales.

En consecuencia, solicita que se condene a la pasiva al pago de la indemnización por despido injusto, los salarios correspondientes al periodo comprendido del 26 de diciembre del 2007 al 23 de febrero del 2019, las vacaciones causadas y no canceladas, la prima de servicios, los intereses de cesantías, las cesantías, la indemnización por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria, la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales.

Subsidiariamente solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad desde el 27 de febrero de 1974 al 23 de febrero del 2019.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, manifestó que la señora *Concepción Bernal Garzón* la vinculó mediante contrato verbal de trabajo el 27 de febrero de 1974 para que trabajara como empleada del servicio doméstico, pactando un salario de \$2.500, labor que debía realizar de lunes a domingo, en un horario de 6:00 a.m a 8:00 p.m.

Aduce que la demandada le canceló los salarios y prestaciones sociales causados del 27 de febrero de 1974 al 25 de diciembre del 2007; por lo que Colpensiones le concedió la pensión de vejez mediante la Resolución No 00589 del 15 de marzo del 2007.

Sin embargo, refiere que luego de haber recibido la pensión continuó laborando para la demandada en el mismo lugar, desempeñando las mismas actividades y bajo la subordinación de la contratante, sin percibir salario alguno, ni prestaciones sociales desde el 26 de diciembre del 2007 al 23 de febrero del 2019, fecha esta en la que fue despedida sin justa causa.

Indica que la demandada fue recluida por su familia en un hogar geriátrico, remitiéndole una comunicación a la libelista en la cual le solicitaron que desocupara la habitación a partir del 26 de abril del 2019, pero a la fecha ella continúa viviendo el inmueble.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no tiene ninguna relación laboral con la demandante, precisando que esta fungió como su empleada del servicio doméstico por el periodo comprendido del 27 de febrero de 1974 a diciembre del 2007, data en que la relación laboral finalizó por justa causa, atendiendo a que la demandante fue pensionada.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe de mi representada, mala fe de la demandante y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 29 de enero del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión manifestó que se tiene acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes celebrado el día 27 de febrero del año 1974 hasta el día 25 de diciembre del año 2007, periodo en el que se reconocieron y pagaron a la demandante de manera completa, salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes parafiscales, de los cuales resaltó que en virtud de lo cotizado con destino al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, le fue reconocido una pensión de vejez a favor de la demandante en el año 2007.

Que frente al periodo comprendido entre el 26 de diciembre del año 2007 al 23 de febrero del año 2019, al revisar el material probatorio se constatan las semanas cotizadas desde el año 1974, asimismo obra un documento del 10 de abril de 2019 que le fue remitido a la demandante, donde se le solicita desocupar el inmueble donde habitaba y compartió con la demandada; documento del 24 de abril de 2019, en el que la demandante de manera detallada responde a cada uno de los argumentos y en ellos ratifica los elementos fácticos que a su juicio considera que dan lugar a determinar la existencia de un verdadero contrato de trabajo con posterioridad al 25 de diciembre del año 2007, los cuales considera el *a-quo* no son concluyentes.

No obstante, con fundamento en lo indicado por los testigos logra colegir que luego de que la demandante fuera pensionada, cesó en su labor como empleada del servicio doméstico.

Recalca especialmente la declaración de la señora *María Elena Galvis de Vargas*, quien dada la calidad de vecina y compartir con la demandada en cursos de bordado, manifestó no haber percibido un trato de subordinación, lo cual fue corroborado por la restante prueba testimonial.

Así, de lo afirmado por estos testigos permiten determinar que, a partir del año 2007, no se puede negar que existió una prestación personal del servicio, pero a razón de una ayuda mutua, más no por estar sujeta a subordinación, y en ese orden de ideas, no se encontraba la demandante sometida a las reglas propias de un contrato laboral.



III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida en que la libelista no formuló recurso de alzada y habida consideración que la providencia de primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demanda, deviene necesario analizar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si entre las partes existió una relación por el periodo de tiempo comprendido del 25 de diciembre de 2007 y el 23 de febrero del 2019.

c. Del Vínculo Laboral:

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

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



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

d. Del caso en concreto

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre las partes existió una relación laboral.

En tal virtud, recuerda la colegiatura que la pasiva admitió la existencia de la relación laboral a razón de la cual la promotora desarrolló el cargo de empleada de servicio doméstico a favor de la convocada a juicio, por el interregno de tiempo comprendido del 27 de febrero de 1974 a diciembre del 2007, anualidad a partir de la cual refiere que la promotora dejó de prestar sus servicios, como quiera que le fue concedida su pensión de vejez. Por manera que tal y como lo determinó el fallador de primera instancia, el debate en el *sub-lit* se contrae en establecer si el mentado vínculo laboral se extendió hasta el 23 de febrero del 2019.

En tal sentir, en aras de desatar el litigio que hoy nos convoca, procedió la Sala a realizar un análisis del acervo probatorio, constatando que de las documentales a portadas las únicas que resultan trascendentes en lo tocante a la relación laboral son los soportes de los pagos de salarios y prestaciones sociales, percibidos por la libelista hasta el año 2007 (Fls 19 a 48), el resumen de semanas cotizadas (Fls 49-51), una comunicación del 10 de abril del 2019 mediante el cual la demandada le indica a la demandante que pese a que le ha brindado alojamiento como un acto de mera liberalidad luego de que le fuera concedida la pensión, debido a que ha sido internada en un hogar geriátrico requiere la devolución de las llaves del apartamento y que lo desocupe a más tardar el 26 de abril del 2019 (Fl 52), la cual fue contestada por la demandante mediante comunicación del 24 de abril del 2019 alegando la existencia de la relación laboral a la fecha y reclamando el pago de las acreencias laborales de los últimos 12 años (Fls 54-56).



Asimismo fueron evacuados los testimonios de *Nidia Martínez Castro*, quien refiere que conoce a la demandante desde el año 2010 a través de un negocio que tiene en el Centro Bienestar, quien le comentó que trabaja con una familia acompañando a una señora y haciendo el servicio doméstico; que en varias ocasiones los visitó, logrando constatar un trato muy normal, amable y social, pero no presencié subordinación jurídica, no obstante que nunca las vio en sus actividades, apenas se las llegó a encontrar comprando víveres y cuando las visitaba siempre las veía solas. Así las cosas, en lo que a esta testigo respecta, justo resulta recalcar que muchas de sus afirmaciones, devienen de lo que le manifestaba la promotora y por tanto la convierten en una testigo de oídas, sin lograr a acreditar la prestación personal del servicio.

De otra parte la señora *María Elena Galvis de Vargas*, quien aduce ser vecina de la demandada, expresa que después del año 2007 y 2008 la visitaba frecuentemente por lo que le consta que acompañaba a la demandada al médico, a la toma de laboratorios, a reclamar los medicamentos, le pagaba los servicios con el dinero que ella le daba, por lo que la demandante habitaba en el apartamento pero no como empleada, pues nunca la vio haciendo labores de aseo, inclusive al final vio que la demandada le pagaba a una empleada para tales menesteres. Igualmente, refiere que la demandante hacía varios cursos de bordados y pertenecía al grupo de la iglesia, razón por la cual, salía mucho y la demandada permanecía sola, que la demandada iba aproximadamente una vez a la semana a su casa y se quedaba una o dos horas porque se sentía sola y que en el 2018, recuerda que la demandada estuvo enferma y por eso, le contrataron una enfermera todo el día.

Finalmente, fueron escuchados *María Clemencia Bernal* y *Carlos Silgado Bernal*, sobrinos de la demandada, quienes exponen de forma conteste que la demandante fue empleada desde 1974, pero en el 2007 cuando la promotora se pensiona la demandada les informa que ya no será más su empleada, por lo que a partir de ese momento se crea un acompañamiento mutuo, por tanto tenía plena libertad para entrar y salir cuando lo deseara, razón por la cual la demandada en ocasiones se encontraba sola, razón por la cual le contrataron una empleada para las labores del hogar entre los años 2017 y 2019. *María Clemencia Bernal*, precisa que ella misma la acompañó a varios temas médicos y mensualmente la acompañaba a retirar su pensión hasta que ingresó al hogar geriátrico. A su turno *Carlos Silgado Bernal*, precisa que en la reunión en la que la demandada les informa que la demandante ya no sería su empleada les pidió que ya no la trataran como tal, ni le



dieran ninguna orden.

Ahora, no desconoce la Sala que estos últimos deponentes dado su grado de familiaridad con la pasiva, pueden tener un claro interés en las resultas del proceso. Sin embargo, lo cierto es que sus aseveraciones concuerdan con las narraciones efectuadas por la testigo *María Elena Galvis de Vargas*, quien evidentemente es totalmente imparcial, a más que advierte la Sala naturalidad y espontaneidad en su declaración, como de forma acertada lo indicó el juez de primera instancia.

Conforme lo enunciado en líneas precedentes, corrobora la Sala de decisión que del material probatorio arrimado, salta de bulto que aunque inicialmente la demandante sí tuvo un vínculo laboral, este cesó en el año 2007, luego que le fuera concedida la pensión y si bien la demandada, le permitió seguir viviendo en su hogar, es patente que no lo hizo bajo las mismas condiciones, mucho menos para la prestación personal de un servicio subordinado, por el contrario de los testimonios vertidos en el proceso se corrobora que tal y como lo indicó el *a-quo* lo que existió fue una relación de compañía mutua, en la que ambas realizaban las labores del hogar y la preparación de los alimentos, situación que por si misma no podría dar lugar a la existencia de la relación laboral, máxime que la demandante no estaba sujeta a un horario ni potestad disciplinaria alguna desde el año 2007, pues salía y entraba del hogar cuando lo deseaba, hacía cursos y en general manejaba su tiempo de forma libre.

Así las cosas, deviene lógico afirmar que entre las partes, no existió una relación laboral desde el año 2007 hasta el año 2019, como lo expresa la activa y por lo tanto, no existe duda alguna en que ninguna de las pretensiones enervadas por la libelista gozan de vocación de prosperidad, tal como lo sostuvo el fallador de primer grado.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero del 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

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

Ordinario Laboral 1100131050 32 201900421 01
Demandante: EDGAR GUZMAN CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Dina Paula Andrea Abril Clavijo* identificada con C.C No 1.022.385.870 y T.P No 276.621 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de febrero del 2020, al ser totalmente desfavorable a las pretensiones de la demandante

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Edgar Guzmán Cardozo* formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 21 de noviembre de 1992.

En consecuencia, solicita se condene a la demanda a reconocer y pagar la pensión de invalidez a partir del 21 de noviembre de 1992, a efectuar la liquidación con base en un salario mínimo legal mensual vigente, al pago de los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, así como las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 20 de enero de 1957, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 64,65% a partir del 21 de noviembre de 1992, le fue amputado el pie izquierdo en noviembre de 1992 en el Hospital Simón Bolívar y en 1999 su pie derecho, por tanto, no se encuentra en condiciones de laborar.

Refiere que cotizó hasta el 31 de agosto del 2013 a *Colpensiones* un total 787,14 semanas, y la calificación de pérdida de capacidad laboral data del 21 de noviembre de 1992, por tanto procedió a presentar la solicitud de la pensión de invalidez el 15 de septiembre del 2011, la cual fue desatada negativamente mediante la Resolución No. 08686 del 9 de marzo del 2012; posteriormente, *Colpensiones* a través de las Resoluciones GNR 234382 del 3 de agosto del 2015; GNR 325998 del 22 de octubre del 2015 y VPB 6605 del 9 de febrero del 2016, continuó negando la solicitud pensional a favor del demandante, por no cumplir las 150 semanas dentro de los últimos seis (6) años a la fecha de estructuración.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada *COLPENSIONES* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el actor cuenta con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50% desde el 21 de noviembre de 1992, pero no acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990.

Propuso y sustentó como medios exceptivos los que denominó buena fe de *Colpensiones*, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 13 de febrero del 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Corrobora el *a-quo* que conforme de desprende del dictamen, para el año 1992 ya se había practicado la amputación, por ende la fecha de estructuración es la indicada en el referido dictamen, esto es, el 21 de noviembre de 1992, sin que reúna la densidad de semanas



establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, precisando que el principio de la condición más beneficiosa no permite la aplicación de una norma posterior como la Ley 100 de 1993.

En todo caso, precisa que aun en caso de aplicar la Ley 100 de 1993, el actor tampoco acredita el cumplimiento de los requisitos previstos en la mentada norma para acceder a la pensión de invalidez anhelada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Atendiendo a que la demanda fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, se procede a su correspondiente análisis en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del demandante.

c. Pensión de Invalidez

A efectos de desatar la litis que hoy nos convoca lo primero que constata la Sala es que acorde se evidencia del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez emitido el 28 de julio del 2011, el hoy demandante fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 64.65% estructurada el 21 de noviembre de 1992.

Ahora bien, ha mencionado esta Sala en reiterados pronunciamientos que el dictamen de pérdida de capacidad laboral no es una prueba solemne, por manera que las partes



podrán allegar cualquier otro medio probatorio en aras de derruir los argumentos presentados en el mismo e incluso gozad de la potestad de controvertir el mismo, ante esta jurisdicción. Sobre el particular en sentencia SL -16374 del 2015, precisó:

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

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

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

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

“Cuando en casos como en el que ocupó a la Sala en esa oportunidad, se planteó una manifiesta contradicción de la valoración médica sobre el nivel de la incapacidad entre las juntas de calificación que intervinieron para tal efecto, la Corte no tuvo duda sobre el carácter discutible del punto y la plena competencia de los jueces para establecer, también por medios técnico-científicos el verdadero grado de invalidez del afectado. Con mucha más razón cuando se trata del señalamiento de la fecha en que se estructura la invalidez, porque no en todos los casos se podrá inferir tal data de una prueba infalible e incontrastable y, por lo mismo, incontrovertible, como sería lo ideal. Para la muestra un botón: En el sub examine, el Tribunal consideró contraevidente e ilógico que una persona haya laborado durante varios años ejerciendo actividades de vendedor y la Junta de



Calificación de Invalidez desconozca esa realidad, dejando de lado el material probatorio que tuvo a su disposición y sin que ameritara un pronunciamiento al respecto, y se dictamine que la invalidez se produjo en la infancia temprana, muchísimos años antes del despliegue de una vida laboral, esa sí demostrada fehacientemente.

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

Ahora bien, en el *sub examine* el demandante expone en los supuestos de hecho del libelo genitor que en el año 1992 le fue amputada su pierna izquierda, pero solo hasta el año 1999 la derecha. Sin embargo, tal afirmación carece de fundamento probatorio, en tanto en el plenario no reposa prueba alguna de tal circunstancia.

A *contrario sensu*, logra constatar la Corporación que en el referido dictamen se alude que en el año 1988 se realizó la amputación de la pierna derecha y en 1992 la del izquierdo. Luego, dado que en el plenario no reposa cualquier otro tipo de prueba que permita inferir que la fecha de estructuración de la invalidez del hoy demandante, difiere de la establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, esto es, el 21 de noviembre de 1992, es patente que la norma llamada a regir el presente caso no es otra distinta a la que se encontraba vigente para la dicha anualidad, que no es otra distinta al Acuerdo 049 de 1990, acorde ha sido adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en reiterados pronunciamientos, así en sentencia SL-2796 del 2020, nos recuerda la Sala:

“En ese orden, es preciso señalar que esta Sala de la Corte ha explicado en forma reiterada que la norma llamada a regular la pensión de invalidez es, por regla general, la que se encuentra vigente en el momento en el que se estructura el estado de invalidez.”

De cara a lo indicado, es menester de la Sala recordar que el Decreto 758 de 1990, cataloga como inválido a toda persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente o cuyo motivo no haya sido la violación injustificada de los Reglamentos de los Seguros Sociales Obligatorios, presente una pérdida de capacidad laboral de las enunciadas en el artículo 5° del precitado decreto, el cual divide



la invalidez en permanente total, permanente absoluta y gran invalidez, para las cuales, como menos se requiere la acreditación de una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

En lo tocante a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, el precitado decreto alude en su artículo 6°, que serán beneficiarios de la misma quien reúna la calidad de invalido y haya cotizado para los seguros de invalidez, vejez y muerte, 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la estructuración de la invalidez o 300 semanas en cualquier otra época.

En tal sentir, procedió la Sala a revisar el resumen de semanas cotizadas obrante a folios 7 a 11, logrando corroborar que para el 21 de noviembre de 1992 apenas contaba con un total de 37,5 semanas, lo que de tajo nos lleva a inferir que no cumple con los requisitos establecidos en la norma llamada a gobernar el presente caso.

Debe acotarse que no fue deprecado en la demanda, no fue objeto de discusión ni se acreditó por ningún medio probatorio, que el accionante en virtud de una capacidad laboral residual, hubiera seguido laborando con posterioridad al año 1992, a efectos de acceder a la prestación económica.

Ahora, en efecto se corrobora que el libelista en su escrito introductorio pretende que el derecho le sea concedido, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, sin embargo, no existe ningún principio, mandato legal o criterio jurisprudencial o doctrinal, que permitan la aplicación de la mentada norma en el *sub-lite*.

Precisando, en lo que respecta al principio de la condición más beneficiosa, utilizado para asuntos como el presente, que el mismo tan solo permite que la pensión sea analizada a la luz de la norma inmediatamente anterior a la llamada a gobernar el caso, como de forma acertada lo manifestó el fallador de primera instancia. Se *itera*, sin que sea dable acudir al aludido principio en aras de aplicar una norma posterior.

Deviene de lo expresado en líneas precedentes la indiscutible absolución de la pasiva, en torno a todas y cada una de las pretensiones contenidas en el libelo genitor, como efectivamente lo determinó el juez de primera instancia.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Conforme lo enunciado la Sala procederá a confirmar el fallo proferido en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

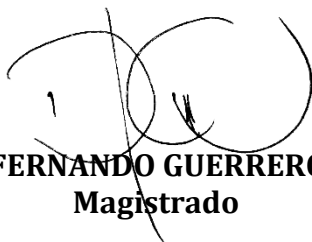
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

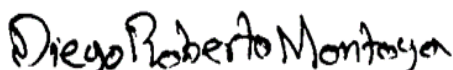
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero del 2020, por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, acorde los argumentos presentados en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

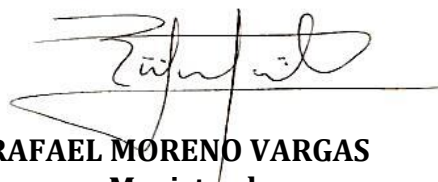
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **07 2017 00683 01**
Demandantes: JAVIER ALEJANDRO RUIZ ARÉVALO, CARLOS ARTURO BARRERA, JULIO CÉSAR SALCEDO FUENTES, CÉSAR OLMEDO ESCAMILLA CORREA, HÉCTOR FABIO SÁENZ APONTE, JHON GERARDO QUINTERO ESPITIA, JULIO ALEXANDER SANABRIA TORRES, OSCAR ANTONIO ARISTIZÁBAL Y RONALD SUÁREZ CRUZ.
Demandado: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A Y SERVICOPAVA C.T.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores a *Javier Alejandro Ruiz Arévalo, Carlos Arturo Barrera, Julio César Salcedo Fuentes, César Olmedo Escamilla Correa, Héctor Fabio Sáenz Aponte, Jhon Gerardo Quintero Espitia, Julio Alexander Sanabria Torres, Oscar Antonio Aristizábal y Ronald Suárez Cruz*, según reforma de la demanda (Fls 616 a 685), formularon demanda ordinaria laboral en contra de *Aerovías del Continente Americano S.A AVIANCA* y la *Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y *AVIANCA S.A* desde el extremo inicial de cada trabajador hasta la actualidad, y teniendo en cuenta que la accionada informó que el contrato de trabajo culminaría el 30 de noviembre de 2017, fungiendo la C.T.A accionada como simple intermediaria.

En consecuencia, se condene a las demandadas de manera solidaria al pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios,



compensación de vacaciones, dotación de calzado y vestido de labor, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, la indexación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestaron los accionante prestaron sus servicios en *Avianca S.A* mediante convenio de asociación suscrito con *SERVICOPAVA*, de la siguiente manera: (i) *Javier Alejandro Ruiz Arévalo*, desde el 1º de mayo de 2005, en el empleo de auxiliar asistencia en tierra y posteriormente como líder de operaciones terrestres; (ii) *Carlos Arturo Barrera*, desde el 1º de mayo de 2005 inicialmente como auxiliar asistencia en tierra y posteriormente como líder de operaciones terrestres nivel III; (iii) *Julio César Salcedo Fuentes*, desde el 17 de agosto de 2007, como auxiliar asistente en tierra y posteriormente como líder de operaciones terrestres I; (iv) *César Olmedo Escamilla Correa*, desde el 20 de junio de 2007, como auxiliar asistente en tierra, posteriormente en el cargo de conducto regular y finalmente en el de líder de operaciones terrestres y movimientos I.

(v) *Héctor Fabio Sáenz Aponte*, desde el 16 de marzo de 2012, como líder de asistencia en tierra I y posteriormente como líder de operaciones terrestres y movimientos II; (vi) *Jhon Gerardo Quintero Espitia*, desde el 18 de noviembre de 2009, como líder de operaciones terrestres I; (vii) *Julio Alexander Sanabria Torres*, desde el 26 de febrero de 2010, en el cargo de auxiliar de asistencia en tierra I y posteriormente como líder de operaciones terrestres; y (viii) *Oscar Antonio Aristizábal* y *Ronald Suárez Cruz*, desde el 5 de octubre de 2009, como auxiliar de asistencia en tierra y posteriormente como líder operaciones terrestres II.

Que en dichas vinculaciones la C.T.A actuó como simple intermediaria, toda vez que la labor que desempeñaban estaba sujeta a las órdenes impartidas por los señores *Jaime Julián Londoño*, *Javier Alarcón Casas*, *Libardo Ardila Gómez* y *Mauricio alexander Gómez Vásquez*, quienes ejercían tal potestad a nombre de *Avianca S.A*; que les fueron asignadas funciones, así como carnés de identificación de *Avianca S.A* y los elementos necesarios para la prestación del servicio.

Que son destinatarios del plan de beneficios que otorgaba la accionada; que le fue impuesto un horario de trabajo, y no les han solucionado las acreencias laborales



deprecadas en la demanda; que en el año 2017 las demandas fueron sancionadas económicamente por el Ministerio del Trabajo por enmascarar los contratos de trabajo e infringir la ley laboral respecto del suministro de personal; finalmente, que fueron desvinculados a través de un comunicado en el que se les informa que las labores que desempeñan en la C.T.A terminarían a partir del 30 de noviembre de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *C.T.A Servicopava* en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que los accionantes no se vincularon mediante contrato de trabajo, toda vez que lo que medió es un convenio asociativo suscrito y aceptado por las partes, el cual terminó mediante la Resolución No. 995 del 27 de noviembre de 2017; que con *Avianca S.A* entre julio de 2003 y diciembre de 2017 operó un contrato de prestación de servicios, en virtud de la cual la C.T.A de manera autónoma y autogestionaria cubría los procesos y subprocesos contemplados dentro de su actividad misional, sin que se hayan solucionado salarios, sino compensaciones, las cuales además se equiparan a las acreencias laborales reclamadas; además que no se ejerció subordinación alguna.

Propuso como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la genérica.

Por su parte *Avianca S.A* se opuso a las pretensiones señalando que no es cierto que se hayan verificado relaciones laborales regidas por contrato de trabajo respecto de cada uno de los demandantes, desconociendo como se verificó la vinculación a la C.T.A, con quien se mantenía únicamente un compromiso contractual, ejecutado con observancia del ordenamiento jurídico, máxime que no impartía órdenes a los actores.

Propone como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019, decidió declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre los demandantes y *Avianca S.A*, condenándola de manera solidaria con *Servicopava C.T.A* al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios y sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, absolviendo de las restantes pretensiones y declarando parcialmente probada la excepción de prescripción.

Como sustento de su decisión, indicó que se acreditó la prestación personal del servicio al haberse desempeñado en empleos que beneficiaron a *Avianca S.A*, lo cual se extrae de los certificados que expidiera la C.T.A frente a las actividades desempeñadas, y calificadas como asociativas, acreditándose la subordinación con las pruebas recabadas en el plenario, motivo por el cual resulta procedente el reconocimiento y pago de las acreencias laborales deprecadas, en tanto la C.T.A fungió como simple intermediaria, siendo *Avianca S.A* la verdadera empleadora, máxime que dicha accionada no demostró el pago de los derechos sociales, por lo cual no es dable acceder a la compensación.

De igual manera que no se acreditó la existencia de una justa causa que permitiera dar por culminados los contratos de trabajo; condenó de igual manera al pago de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, declarando probada la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 27 de octubre de 2014, excepto el auxilio de cesantías y la sanción por la no consignación de cesantías, esta última que estimó operaba en virtud de haber actuado de mala fe al no solucionar prestaciones sociales.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo Servicopava C.T.A* interpone recurso de apelación señalando que los trabajadores se vincularon mediante contrato de asociación, el cual no se terminó de manera caprichosa, sino por medio de una Resolución de retiro de labores por un causal objetiva, ello en tanto las ofertas mercantiles terminaron el 31 de diciembre de 2017, siendo imposible reubicar a los actores a un cargo similar, causal que además se encuentra regulada en los reglamentos y estatutos. Por otra parte, que la naturaleza asociativa quedó demostrada en tanto los actores de manera voluntaria solicitaron su vinculación



a *Servicopava* y autorizaron el descuento de los aportes sociales, los cuales les fueron reintegrados con rendimientos y retornos cooperativos, por ende, no es dable que se beneficien de dichos emolumentos y además perciban acreencias laborales, máxime que las compensaciones ordinarias así como las semestrales y anuales, hacen las veces de salario, primas y cesantías, y rendimientos que equivales intereses a las cesantías, lo cual implicaría un enriquecimiento sin justa causa.

Por otra parte, que los actores ejercieron actividades propias de la C.T.A, ejerciendo el derecho al voto y solicitando créditos. De igual manera, que la prueba testimonial da cuenta que fue *Servicopava C.T.A* quien los vinculó y solucionó las compensaciones, sin extraerse subordinación alguna, al no ser claras sus manifestaciones y ser testigos de oídas, teniendo interés en las resultados del proceso. Finalmente, hizo alusión a las normativas que permiten la contratación con C.T.A.

Por su parte *Avianca S.A* formuló recurso de alzada señalando que no se acreditó una actividad de intermediación laboral, por cuanto de los interrogatorios de parte de los representantes legales de las accionadas, se acreditó que los servicios se prestaron en virtud de una contrato en virtud de una oferta mercantil, siendo la actividad desempeñada extraña al objeto social de *Avianca S.A*, siendo la C.T.A quien solucionó las compensaciones pertinentes; que si bien los testigos refirieron la existencia de subordinación, los mismos se tacharon de sospecha, en tanto adelantan procesos con similares pretensiones, por lo cual no deben ameritar credibilidad alguna.

De igual manera, que el servicio no se prestó a favor de *Avianca S.A* sino de la C.T.A, por lo cual no se configuran los elementos del contrato de trabajo, y que la sanción que se aduce se impuso por el Ministerio de Trabajo no se encuentra en firme.

Finalmente, que se debe analizar la excepción de compensación y que frente a la presunción de buena fe, no era viable condenar al pago de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, pretensión que además se liquidó de manera errónea, al no tomar el salario de cada anualidad, pretermitiendo la excepción de prescripción.

IV.- CONSIDERACIONES:



4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, por cuestiones metodológicas, la Sala determinará en primer lugar, si entre los demandantes y *Avianca S.A* existió una relación laboral, fungiendo *Servicopava C.T.A* como una simple intermediaria o si realmente existió un acuerdo Cooperativo. En caso afirmativo, proceder a determinar si se deben revocar las condenas por haberse solucionado las compensaciones, si se debe revocar al condena por la indemnización por el despido sin justa causa, absolver de la sanción por la no consignación de las cesantías, y se operó el fenómeno prescriptivo.

4.3 DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO:

Las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015.

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



asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

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

Asimismo, ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en caso de constatarse que la empresa contratante de la C.T.A, realmente fungió como verdadero empleador y que la C.T.A fue una mera intermediaria, ambas deberán responder de forma solidaria sobre el particular en sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12 de febrero del 2020, indicó:

“En primer lugar, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, es también una fuente normativa de la cual emerge la prohibición de ocultar relaciones laborales a través de figuras jurídicas empleadas con el único fin de defraudar los derechos laborales de los trabajadores, llámense cooperativas, sociedades comerciales, empresas unipersonales o contratos mercantiles. Cuando surge un pleito, es precisamente este principio medular del derecho del trabajo, el que ofrece respuesta sobre quién es el verdadero empleador o de dónde proviene la subordinación y dirección del trabajo, sobre todo cuando de relaciones triangulares o multipartitas se trata.

*“En segundo lugar, el juez plural obvió que aún para la época de contratación del demandante e incluso desde su creación, las cooperativas tenían la obligación de operar de manera independiente y autogestionaria en la prestación de servicios a terceros (artículos 4 y 5° de la Ley 79 de 1988). Esto quiere decir que deben contar con autonomía directiva, técnica, financiera, ser poseedoras de los medios de producción y autogestionar los servicios que presten a los usuarios, pues, de lo contrario, serán un simple intermediario o una persona interpuesta que, al carecer de una estructura empresarial, **deberán responder solidariamente con la empresa principal**” (Negrillas fuera de texto).*

4.4 DEL CONTRATO DE TRABAJO:



Al descender al *sub-examine* evidencia la Sala como primera medida, que no es recibo el argumento esgrimido por la accionada *Avianca S.A* en el sentido que los actores prestaron el servicio en beneficio de la C.T.A, pues *a contrario sensu*, todos se desempeñaron actividades de Líder en Operaciones Terrestres, lo cual fue declarado por el *a-quo* y no fue objeto de censura. En ese sentido, no es dable estimar que los accionantes prestaron servicios en actividades propias de la C.T.A, en tanto el empleo en mención tiene funciones relacionadas con el objeto social de *Avianca S.A*.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que los demandantes prestaron servicios en beneficio de *Avianca S.A.*, en virtud de un contrato de una oferta mercantil entre dicha entidad y *Servicopava C.T.A*, sin que haya sido objeto de reproche los extremos temporales determinados en primera instancia respecto de cada uno de los demandantes.

Ahora bien, al haberse acreditado la prestación personal del servicio, opera en contra de la accionada la presunción de existencia del contrato de trabajo, según los parámetros del artículo 24 del C.S.T, sin que la misma se haya desvirtuado.

Lo anterior en tanto lo aducido por la censura, esto es, que los actores de manera voluntaria solicitaron su vinculación a *Servicopava*, autorizaron el descuento de los aportes sociales o que ejercieron actividades propias de las C.T.A, como ejercer el derecho al voto o solicitar créditos, en manera alguna desvirtúan *per se* la existencia del contrato de trabajo, en tanto el elemento diferenciador es la subordinación, aunado a ello que con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en materia laboral el operador judicial debe fundamentar su decisión en los hechos que se acrediten en el proceso, esto es, sujetándose a la realidad, lo que en suma implica que más allá de los documentos que pudieren firmar los contratantes o la denominación que se le pueda dar a los mismos, en tanto son las características con las cuales se desarrolla el servicio las que permiten predicar o no la existencia de un contrato de trabajo, bastando para ello que se verifique la concurrencia de los elementos esenciales del mismo.

Por otra parte, en la prueba testimonial rendida por *Javier Ernesto López Zambrano*, quien se desempeñó en similares condiciones, refirió que los demandantes eran líderes de operaciones terrestres de *Avianca S.A*, encargados del manejo en tierra, tales como cargue, descargue, despacho, peso y balance de



la aeronave, entre otras, debiendo acatar irrestrictamente los instructivos de *Avianca S.A.*; de igual manera, que las órdenes eran impartidas por personal de *Avianca S.A.*, quien además verificaba la capacitación, cursos, accedían a beneficios de tiquetes aéreos y les suministraba las dotaciones.

Refirió que *Avianca S.A.* realiza semilleros, y para efectos de la vinculación se hacía por conducto de *Servicopava C.T.A.*, que la accionada les suministraba el transporte y en caso de tener que asumirlo personalmente, les era reintegrado dicho valor por *Avianca S.A.*; finalmente que los actores estaban sujetos al poder disciplinario, lo cual se decidía desde *Avianca S.A.* y se remitía a la C.T.A.

El señor *Germán Alonso Hernández*, refirió de igual manera que laboró en *Avianca S.A.* mediante vinculación a través de la C.T.A, señalando haber prestado el servicio en igualdad de condiciones que los accionantes, quienes debían seguir las funciones determinadas por *Avianca S.A.*, así como las órdenes impartidas por personal de dicha sociedad; refiere que la accionada realizó un semillero pero posteriormente se vincularon inicialmente con *Misión Temporal* y posteriormente de manera ininterrumpida *Servicopava C.T.A.*, aclarando que algunos demandantes no se vincularon a *Misión Temporal* sino a la C.T.A accionada.

Aseveró que debían cumplir horarios por turnos fijados por *Avianca S.A.*, y las funciones atendían al cargue, descargue y supervisión de equipaje y cargamento de las aeronaves, y hacer cumplir los procedimientos de operaciones terrestres.

El señor *Jonathan Camilo Lozada* refirió igualmente haberse desempeñado como Líder de Operaciones Terrestres, coincidiendo con los anteriores testigos en el sentido que las labores que desempeñaron los accionantes se hicieron en beneficio de *Avianca S.A.* debiendo atender las operaciones terrestres de las aeronaves, siendo subordinados por dicha sociedad, al estar sujetos a las instrucciones que les eran impartidas por el personal así como las insertas en los diversos protocolos, estando además sujetos al poder disciplinario de la accionada, siendo meramente formal la participación de la C.T.A en dicho aspecto.

Ahora, si bien dichos testigos fueron tachados de sospecha, no se evidencian manifestaciones parcializadas, por el contrario, se denota claridad en sus asertos, sin incurrir en contradicciones, constándoles además lo narrado al haber prestado sus servicios en similares condiciones.



La señora *Marlene Infante Prada*, quien refiere prestó servicios para *Servicopava C.T.A* como directora administrativa entre los años 2015 y 2018, señaló que los accionantes tuvieron un convenio de asociación en diferentes períodos, iniciando como auxiliares de asistencia en tierra y posteriormente como líderes de proceso; que cumplían funciones como el cargue y descargue de equipajes, así como aseo de la aeronave, y como líderes acciones de coordinación para que la aeronave saliera a tiempo y el equipaje llegara a destino; señaló que el proceso de ingreso lo llevaba a cabo la C.T.A y se cancelaron las compensaciones que hacen las veces de acreencias laborales, según lo regulado en los estatutos, señalando que la compensación anual hace las veces del auxilio de cesantías y no se consignaba a un fondo de cesantías sino a una cuenta de la C.T.A, siendo factible que las retiraran cada dos meses, reiterando que entre las partes no existió un contrato de trabajo.

La señora *Meryein Amado*, quien se desempeña como abogada de *Servicopava C.T.A* desde octubre de 2014, y se encuentra vinculada mediante acuerdo asociativo, señaló que los demandantes estaban vinculados a la C.T.A hasta el año 2017 pro una causal objetiva, al terminarse las ofertas mercantiles con las empresas contratantes; refiere no conocer cómo se verificó la prestación del servicio en el aeropuerto, pues sus funciones no fueron desarrolladas en dicha locación; señala que los procesos disciplinarios eran tramitadas directamente por la C.T.A, sin injerencia alguna de *Avianca S.A.*

De los anteriores medios de convicción, se evidencia sendas contradicciones en entre los asertos, sin que sean concluyentes a efectos de desvirtuar la presunción, ello en tanto la señora *Meryein Amado* aseveró no conocer cómo operó la prestación personal del servicio, y la señora *Marlene Infante Prada* refirió incluso que las compensaciones harían las veces de prestaciones sociales y vacaciones, lo cual dista de los acuerdos asociativos de trabajo.

Por el contrario, encuentra la Sala mayor veracidad en las declaraciones rendidas por el señor *Javier Ernesto López Zambrano*, ello por cuanto da cuenta de aspectos relacionados con la manera en que se prestaba el servicio, específicamente la subordinación que ejercía personal de *Avianca S.A*, lo cual además dimana del tipo de actividades que desarrollaban, directamente relacionadas con la operación comercial de la demanda, sin que se de recibo estimar que aspectos de tanta relevancia para el desarrollo de su objeto social, como el alistamiento de la



aeronave o el manejo del equipaje, entre otras, se hayan entregado a un tercero de manera independiente.

Por ende, no le asiste además razón a *Avianca S.A*, al referir en el recurso que las labores ejecutadas eran totalmente ajenas a su objeto social, pues de ser así no se hubiese supervisado y subordinado las labores, mismas que además se detallan en protocolos elaborados por *Avianca S.A*, en los que se refiere la imperiosa necesidad de su estricto cumplimiento, so pena de poner en riesgo la operación.

Así las cosas, aun cuando los demandantes fueron vinculados a *Servicopava C.T.A* mediante un convenio de asociación y se les brindó la capacitación en cooperativismo, en la realidad, las labores desempeñadas se rigieron por un contrato de trabajo directamente con la empresa *Avianca S.A*, pues fue para esta última que prestaron el servicio, bajo su continúa subordinación. Lo que en suma implica que, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, se probó la existencia de un contrato de trabajo, en tanto se configuraron los elementos establecidos en el artículo 23 del C.S.T, como de forma acertada lo adujo el *a-quo*.

Derruyendo de esta forma el argumento planteado por la pasiva, pues más allá del cumplimiento de los rigorismos legales que da cuenta la documental aportada, lo cierto es que no se constató la autonomía y autogestión alegada por la C.T.A, durante la ejecución de la Oferta Mercantil con *Avianca S.A*, sino más bien el suministro de personal, dando cuenta de una evidente intermediación laboral, actividad de por más vedada para las Cooperativas acorde nuestra legislación nacional (Artículo 17 Decreto 4588 del 2006).

Dimana lógico de lo precedente, que le asistió razón al *a-quo* al declarar la existencia de los contratos de trabajo.

Finalmente, se debe referir que el presente proceso difiere del analizado por la Sala de Decisión radicado con el número 110013105-009-2018-00060-01, en tanto en el presente evento se acreditó la subordinación que desplegaba *Avianca S.A*, aunado a que las funciones que desempeñaban los actores en el presente evento, se encuentran directamente relacionados con la seguridad de los vuelos, frente a las actividades atinentes a las operaciones en tierra.



4.5 DE LA COMPENSACIÓN:

Se aduce por pasiva que se deben revocar en su integridad las condenas por concepto de primas de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, en tanto a los accionante se les solucionaron compensaciones ordinarias, semestrales y anuales, que hacen las veces de las acreencias de estirpe laboral.

En consideración a la forma en que fue planteado el debate en segunda instancia sobre este particular, basta indicar que aun cuando los demandantes hayan percibido compensaciones ordinarias y extraordinarias, tal afirmación no puede servir de óbice para que no se fulmine condena en contra de su verdadero empleador *Avianca S.A.*, por las acreencias laborales dejadas de cancelar. Con todo, atendiendo a que las convocadas a juicio plantearon la excepción de compensación, este punto de la alzada será analizado con fundamento en la misma.

Sobre el particular, se debe señalar que si bien en la prueba testimonial se refirió que se percibían compensaciones, dicho medio de convicción no acredita el monto, fechas ni el pago efectivo respecto de cada uno de los demandantes.

Por otra parte, se aportaron al proceso diversos reportes históricos de las alegadas compensaciones registradas a favor de los demandantes, junto con una liquidación definitiva de compensación por terminación del convenio de asociación; por lo que sería del caso, ordenar la compensación de dichas sumas de dinero a favor de las demandadas respecto de las acreencias laborales adeudadas, de no ser porque no obra soporte alguno de que en efecto los demandantes hayan recibido tales sumas de dinero, en tanto ambas documentales carecen de firma de recibido y no se aportó cualquier otro tipo de soporte documental que permita corroborar que dichas sumas hayan sido efectivamente canceladas a los actores en las fechas aducidas en las documentales, se reitera, carentes de firma por los accionantes; aunado a ello que por pasiva se desistió de los interrogatorios de parte a efectos de obtener una confesión sobre los pagos cuya compensación se depreca.



Es por lo anterior que no podría tenerse como prueba del pago de las acreencias laborales, sobre las cuales se fulminó condena, ninguna de las compensaciones que alegan las demandadas fueron canceladas a los libelistas.

4.6 DESPIDO INJUSTO:

Se sostiene por pasiva que las vinculaciones culminaron por una causa objetiva, atinente a la finalización de la oferta mercantil con *Avianca S.A*, y no existir algún otro contrato que permitiera la reubicación de los demandantes, motivo por el cual no se debió fulminar condena por concepto de despido sin justa causa.

Sobre el particular se debe señalar que no fue objeto de controversia que el contrato de trabajo finiquitó por dicho motivo, lo cual además se corrobora en las Resoluciones de Retiro de Labores que se allegó respecto de cada demandante, en las que se refiere:

“[...] la Cooperativa se ha visto en la necesidad de retirar del puesto de labor asociativa que ocupa en la actualidad [...] por la finalización de la oferta mercantil con la empresa cliente Avianca, razón por la cual, no se hace necesaria la continuidad de labores asociativas y procesos desarrollados por el asociado [...] siendo imposible para la Cooperativa poder reubicarlo [...]

No obstante, dicha causal no se constituye en justa de conformidad con los regulado en el artículo 62 del C.S.T, máxime que el contrato ficto de trabajo no se estableció como por duración de la obra o labor, teniendo en cuenta que además por pasiva no se acreditó que las labores que ejecutaban como Líderes de Operación en Tierra hayan dejado de existir en la empleadora, motivo que impele a confirmar la condena por dicho aspecto.

4.7 SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS:

Alega la pasiva en la alzada que no se debió fulminar condena en su contra por no haberse acreditado un actuar de mala fe.

Debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador.



En efecto, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, previó una sanción para quienes no consignaran las cesantías dentro del término previsto por el legislador, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la consignación, la cual además no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables.

Es justamente este elemento el que solicita valorar el recurrente, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL018-2019 Radicación No. 65586, del 23 de enero de 2019, señaló:

“De otra parte, tampoco hay duda alguna de que la demandada no obró de buena fe, [...] sin que pueda tomarse como excusa la vinculación formal bajo la modalidad de trabajo asociado del actor [...] pues ya se ha visto que se hizo un uso fraudulento de esa forma de contratación, para esconder una verdadera relación laboral [...]

[...]

“La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe “quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud” (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223), como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958.

“Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o calificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

“Y aquí lo que la Corte encuentra es la intención de la demandada de desconocer la realidad de una relación laboral, lo que en modo alguno puede ser demostrativo de buena fe.

“Para el caso, es pertinente recordar lo que proclamó esta Sala de la Corte Suprema de Justicia al estudiar un asunto de similares contornos, en el sentido de que no podrá estimarse “que en quien ha acudido a la fraudulenta utilización de la contratación con una cooperativa de trabajo asociado exista algún elemento que razonablemente pueda ser demostrativo de buena fe de esa persona, porque si realmente ostenta la calidad de empleadora, se estará



en presencia de una conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la ley laboral, lo que, en consecuencia, amerita la imposición de sanciones como la moratoria debatida en el presente proceso”, como se dijo en la varias veces citada sentencia de 6 de diciembre de 2006, radicación 25713”.

En ese orden de ideas, se evidencia que en efecto la accionada evadió la existencia del contrato de trabajo, acudiendo a la contratación con una C.T.A para vincular a personal requerido para el desarrollo de su objeto social, por lo cual no es dable estimar un actuar de buena fe a efectos de absolverla de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.

Pese a lo anterior, resulta palmario que el *a-quo* incurre en yerro al liquidar la condena, en tanto tomo el último salario diario y emitió condena por todo el tiempo de duración de los contratos de trabajo, cuando debió haber tenido en cuenta el salario promedio de cada anualidad así como los efectos de la excepción de prescripción, por lo que realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, se debe emitir condena por los siguientes conceptos, teniendo en cuenta lo señalado como devengando por concepto de compensación, trabajo suplementario y horas extras por pasiva de los años 2014, 2015 y 2016, lo cual se promedió en atención a su variación mensual:

NOMBRE	AÑO	SALARIO	FOLIO	SALARIO DIARIO	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	TOTAL
JAVIER ALEJANDRO RUIZ ARÉVALO	2014	\$1.606.906	72 Cdno 4	\$73804,8	15-feb-15	14-feb-16	\$26.569.725
	2015	\$2.051.803	73 Cdno 4	\$68.393,4	15-feb-16	14-feb-17	\$24.621.639
	2016	\$2.214.144	74 Cdno 4	\$73.804,8	15-feb-17	30-nov-17	\$24.355.581
CARLOS ARTURO BARRERA	2014	\$2.136.881	66 Cdno. 12	\$71.229,4	15-feb-15	14-feb-16	\$25.642.573
	2015	\$2.236.059	67 Cdno. 12	\$74.535,3	15-feb-16	14-feb-17	\$26.832.705
	2016	\$2.202.388	68 Cdno. 12	\$73.412,9	15-feb-17	30-nov-17	\$24.226.263
JULIO CÉSAR SALCEDO FUENTES	2014	\$928.638	72 Cdno 9	\$30.954,6	15-feb-15	14-feb-16	\$11.143.657
	2015	\$1.416.732	70 Cdno 9	\$47.224,4	15-feb-16	14-feb-17	\$17.000.779
	2016	\$2.208.364	69 Cdno 9	\$73.612,1	15-feb-17	30-nov-17	\$24.292.005
CÉSAR OLMEDO ESCAMILLA CORREA,	2014	\$1.196.045	70 Cdno. 10	\$39.868,2	15-feb-15	14-feb-16	\$14.352.545
	2015	\$1.455.647	71 Cdno. 10	\$48.521,6	15-feb-16	14-feb-17	\$17.467.762
	2016	\$1.476.533	72 Cdno. 10	\$49.217,8	15-feb-17	30-nov-17	\$16.241.867
HÉCTOR FABIO SÁENZ APONTE	2014	\$996.963	55 Cdno 5	\$33.232,1	15-feb-15	14-feb-16	\$11.963.560
	2015	\$1.731.067	55 Cdno 5	\$57.702,2	15-feb-16	14-feb-17	\$20.772.808
	2016	\$1.789.938	56 Cdno 5	\$59.664,6	15-feb-17	30-nov-17	\$19.689.320



JHON GERARDO QUINTERO ESPITIA	2014	\$1.529.058	67 Cdno. 11	\$50.968,6	15-feb-15	14-feb-16	\$18.348.694
	2015	\$1.579.551	68 Cdno. 11	\$52.651,7	15-feb-16	14-feb-17	\$18.954.611
	2016	\$1.576.550	69 Cdno 11	\$52.551,7	15-feb-17	30-nov-17	\$17.342.053
JULIO ALEXANDER SANABRIA TORRES	2014	\$1.305.137	34 Cdno. 14	\$43.504,6	15-feb-15	14-feb-16	\$15.661.638
	2015	\$1.501.716	36 Cdno. 14	\$50.057,2	15-feb-16	14-feb-17	\$18.020.588
	2016	\$1.554.269	38 Cdno. 14	\$51.809	15-feb-17	30-nov-17	\$17.096.963
OSCAR ANTONIO ARISTIZÁBAL	2014	\$1.690.869	26 Cdno 7	\$56.362,3	15-feb-15	14-feb-16	\$20.290.429
	2015	\$1.718.422	28 Cdno. 7	\$57.280,7	15-feb-16	14-feb-17	\$20.621.060
	2016	\$1.742.097	30 Cdno. 7	\$58.069,9	15-feb-17	30-nov-17	\$19.163.062
RONALD SUÁREZ CRUZ.	2014	\$1.596.704	35 Cdno 8	\$53.223,5	15-feb-15	14-feb-16	\$19.160.450
	2015	\$1.874.047	37 Cdno 8	\$62.468,2	15-feb-16	14-feb-17	\$22.488.565
	2016	\$2.129.927	38 Cdno 8	\$70.997,6	15-feb-17	30-nov-17	\$23.429.201

Se debe acotar que la sanción de las anualidades anteriores, se encuentran prescritas como lo aduce la parte recurrente, en atención a que la demanda se radicó el 27 de octubre de 2017. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5418-2019, Radicación No. 70892 del 3 de diciembre de 2019:

“Al respecto debe precisarse, que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día; así se colige de la norma:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:

“[...]”

“3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

“Sobre el particular se pronunció esta corporación en la sentencia CSJ SL 35603, 1º feb. 2011, en los siguientes términos:



“El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.

“La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

“Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral.

Por lo hasta aquí consignado, es menester de la Corporación modificar parcialmente el fallo de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL LITERAL E) DEL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de condenar de manera solidaria a las accionadas al pago de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, por los siguientes montos:



JAVIER ALEJANDRO RUIZ ARÉVALO	2014	\$26.569.725
	2015	\$24.621.639
	2016	\$24.355.581
CARLOS ARTURO BARRERA	2014	\$25.642.573
	2015	\$26.832.705
	2016	\$24.226.263
JULIO CÉSAR SALCEDO FUENTES	2014	\$11.143.657
	2015	\$17.000.779
	2016	\$24.292.005
CÉSAR OLMEDO ESCAMILLA CORREA,	2014	\$14.352.545
	2015	\$17.467.762
	2016	\$16.241.867
HÉCTOR FABIO SÁENZ APONTE	2014	\$11.963.560
	2015	\$20.772.808
	2016	\$19.689.320
JHON GERARDO QUINTERO ESPITIA	2014	\$18.348.694
	2015	\$18.954.611
	2016	\$17.342.053
JULIO ALEXANDER SANABRIA TORRES	2014	\$15.661.638
	2015	\$18.020.588
	2016	\$17.096.963
OSCAR ANTONIO ARISTIZÁBAL	2014	\$20.290.429
	2015	\$20.621.060
	2016	\$19.163.062
RONALD SUÁREZ CRUZ.	2014	\$19.160.450
	2015	\$22.488.565
	2016	\$23.429.201

Se declara prescrita la sanción por la no consignación del auxilio de cesantía, causada con anterioridad al 15 de febrero de 2014, esto es, por los años 2013 y anteriores respecto de cada uno de los demandantes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de alzada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 110013105030 **2018 00277 01**
Demandante: JAIRO JEREZ JIMENEZ
Demandado: COLPENSIONES COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Porvenir S.A.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Jacquelinne Rodríguez Rojas* identificada con C.C No 52.330.797 y T.P No 305.950 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 7 de febrero del 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Jairo Jerez Jiménez* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Colfondos S.A* y *Porvenir S.A.*, a efectos que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, y para todos los efectos legales el demandante siempre ha permanecido afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de *Colpensiones*, se ordene el traslado de los aportes realizados por el demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 24 de agosto de 1955, cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el periodo comprendido del 21 de junio de 1980 al 20 de octubre de 1995; en noviembre de 1995 se trasladó a *Colfondos S.A* y posteriormente a *Porvenir S.A*; que sumados ambos tiempos, acredita un total de 1591 semanas.

El 9 de febrero del 2018 radicó derecho de petición ante la AFP *Colfondos S.A*, solicitando copia de los documentos con la información debida y la declaratoria de nulidad del traslado, la cual fue resuelta de manera negativa mediante comunicación del 9 de marzo del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colfondos S.A operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que al demandante le fue brindada una asesoría integral y completa.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que si brindó a la demandante una asesoría, integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen.

Formuló como medios exceptivos de fondo los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de las acciones para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, obligaciones a cargo exclusivo de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación y la genérica.



Por su parte *Colpensiones* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el traslado del demandante tiene plena validez.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 7 de febrero de 2020 declaró la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, declaró que el promotor estaba válidamente afiliado a COLPENSIONES, condenó a las AFP demandadas a devolver a *Colpensiones* los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció afiliada, junto con los costos cobrados por concepto de gastos de administración; ordenó a *Colpensiones* que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual, se actualice la información de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la demanda fue adversa a *Colpensiones*, se dispuso el análisis de la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, por fungir La Nación como garante de dicha entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:



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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración



completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un*



derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Colfondos S.A* del 27 de octubre de 1995 (Fl 167) y a *Porvenir S.A* del 28 de junio del 2000 (Fls 119), en los que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la



Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por cuanto en modo alguno dio cuenta de que al momento del traslado se le hayan explicado las características de ambos regímenes, ni mucho menos las consecuencias del traslado.

En ese orden de ideas no se avizora que la accionada haya cumplido el *onus probandi* de acreditar el cabal cumplimiento del deber de información, lo que apareja la ineficacia del traslado, y de contera el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



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

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

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al



respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

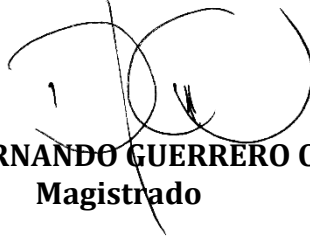
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero del 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la



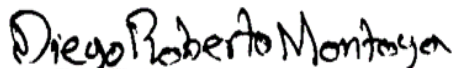
referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **10 201800494 01**
Demandante: GILBERTO GÓMEZ MELO
Demandado: AGRUPACIÓN MULTIFAMILIAR SAUCES DE
SUBA - PH
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Gilberto Gómez Melo*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *Agrupación Multifamiliar Sauces de Suba*, a efectos que se declare que entre las partes fue celebrado un contrato verbal de trabajo el 13 de mayo del 2015, pactando una remuneración mensual de \$1.350.000, el cual feneció sin justa causa el 12 de agosto del 2015; que la pasiva le adeuda los salarios correspondientes a los meses de junio a agosto del 2015, así como las prestaciones sociales, la compensación en dinero de las vacaciones, la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

En consecuencia, solicita que se condene a la demandada al pago de los salarios adeudados, las prestaciones sociales, compensación en dinero de las vacaciones, los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión, la indemnización por despido injusto, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, la indexación de las sumas adeudadas y las costas, junto con las agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, manifestó que entre las partes se suscribió un contrato verbal de trabajo el 13 de mayo del 2015, con un horario de trabajo de 2:00 p.m a 6:00 p.m de lunes a viernes, y los sábados de 12:00 p.m a 3:00 p.m.

Precisa que fue nombrado mediante acta del Consejo de Administración de 13 de mayo del 2015, como administrador del Conjunto Residencial Agrupación Multifamiliar Sauces de Suba, entidad para la cual laboró hasta el 12 de agosto del 2015.

Indica que desarrolló las actividades a su cargo de forma diligente del 13 de mayo al 12 de agosto del 2015, ejecutando las labores asignadas con diligencia sin tener llamados de atención, pactando una remuneración de \$1.350.000.

Refiere que el 5 de agosto del 2015 el presidente del Consejo de Administración decidió la terminación de su contrato a partir del 14 de agosto del 2015, lo cual no le fue notificado, y en su lugar presentó carta de renuncia el 12 de agosto del 2015, motivándola por la falta de información que le fuere suministrada para el desarrollo de su gestión, pero ante su comunicación la entidad guardó silencio.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Agrupación Multifamiliar Sauces* de Suba en su escrito de contestación aduce que entre las partes no existió un contrato de trabajo, sino de prestación de servicios.

Propuso como medios exceptivos los que denominó excepción de inexistencia de contrato de trabajo, prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019, declaró probada la excepción de inexistencia del contrato y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión aduce la falladora de primera instancia que conforme al material probatorio, en el proceso encuentra acreditada la prestación



personal del servicio en su calidad de Administrador de la demandada a más que obra el respectivo contrato de prestación de servicios, así como el acta de su nombramiento, lo que presumir la existencia del contrato de trabajo conforme lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T; frente a la fecha de terminación obra carta de terminación del contrato de prestación de servicios suscrito por los miembros de administración a partir del 5 de agosto del 2015, constando la firma de recibido sobre el mismo.

De otra parte, obra una comunicación del 11 de agosto del 2015 en la cual indica el demandante que da por terminado el contrato suscrito entre las partes por el incumplimiento del mismo, reconociendo de esta manera la suscripción del referido contrato, agrega que no existe constancia de que el demandante hubiere laborado con posterioridad al 5 de agosto de 2015, pues del dicho de la testigo *Luz Marina Molina* se colige que después de dicha data el demandante no se volvió a presentar en la copropiedad.

No obstante lo anterior, acorde lo dispuesto en la ley 675 del 2001 se evidencia que el demandante si bien desarrolló las labores propias de administrador, se constata que las mismas no fueron desarrolladas bajo subordinación, pues el propio demandante admite que sus obligaciones se desprendían del mandato legal, que jamás recibió llamados de atención o requería pedir permiso para ausentarse, también indicó la prueba testimonial que si bien se tomaban decisiones para el buen funcionamiento de la copropiedad, no se dieron órdenes al demandante y que el actor fue quien estableció el horario de atención, además confirma que jamás se le hicieron llamados de atención.

Por lo tanto, concluyó que se desvirtuó la subordinación, existiendo entre las partes un verdadero contrato de prestación de servicios.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, resulta procedente el análisis de la misma en el grado jurisdiccional de consulta, acorde lo dispone el artículo 69 del C.P.T y la S.S.

IV.- CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si entre las partes existió una relación laboral.

c. Del Vínculo Laboral:

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

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

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



Ahora bien, en tratándose de personas que desarrollan cargos como los de Administración, serán las circunstancias que rodeen cada caso en particular las que nos permita entrar a corroborar si los servicios prestados, realmente se dieron en el marco de un contrato de prestación de servicios como lo alega la hoy demandada o si realmente lo fue, a razón de un contrato de trabajo, pues nada impide que un administrador ya sea de una sociedad o Copropiedad como en el *sub-lite* esté vinculado mediante un contrato de trabajo. Es de esta manera que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia con Rad. 29694 del 17 de marzo del 2010, precisó:

*“Y el hecho de que se aludiera a la calidad de administradores con la que actuarían los cedentes, no implica que el vínculo jurídico que pudiera surgir de la prestación de sus servicios personales lo sería bajo una modalidad diferente a la laboral, **pues es claro que quienes ostenten la condición de administradores de una sociedad pueden hacerlo en desarrollo de un contrato de trabajo**”. (Negritas fuera de texto)*

d. Del caso en concreto

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre las partes existió una relación laboral.

Para tales efectos, se procede a analizar el material probatorio arrimado al proceso, dentro del cual se puede apreciar: constancia emitida por la Alcaldía Local de Suba, en la cual se evidencia que el demandante fue elegido por el Consejo de Administración del 13 de mayo del 2015, como administrador de la Copropiedad demandada, por el periodo comprendido del 13 de mayo del 2015 al 12 de mayo del 2016 (Fl 4); la propuesta de servicios de administración presentada por el libelista al Consejo de Administración el 30 de abril del 2015 (Fl40), acompañado de la hoja de vida del mismo con sus respectivos soportes (Fl 41-52); el contrato de prestación de servicios de administración suscrito por las partes el 9 de junio del 2015 (Fls 52-54); el acta del Consejo de Administración del 13 de mayo del 2015, en la cual se decide nombrar al demandante en el cargo de administrador (Fls 55-56) y la cata de aceptación del nombramiento presentada por el demandante el 14 de mayo del 2015 (Fl 57).



Comunicación del 4 de agosto del 2015, a través de la cual se le informa al demandante la decisión adoptada de cancelar su contrato de prestación de servicios a partir de la fecha de recibido de la comunicación, en la que reposa firma de recibido del 5 de agosto del 2015 (Fls 58-59); comunicación el 21 de julio del 2015 mediante la cual el Consejo de Administración le solicita al demandante un informe de los resultados de la gestión desarrollada (Fls 60-61); el acta extraordinaria del Consejo de Administración del 29 de julio del 2015 en la que se deciden dar por terminado el contrato atendiendo a la inoperancia administrativa, precisando que se indicó sobre la reunión que se llevaría a cabo, frente a lo cual demandante envió un correo electrónico informando que no estaba disponible por cuanto tenía un compromiso familiar (Fls 62-64).

Comunicación del 30 de julio del 2015, a través de la cual el demandante da respuesta a la comunicación del 21 de julio (Fls 65-66); comunicación del 11 de agosto del 2015 mediante la cual el demandante informa a todos los Copropietarios sobre la terminación del contrato de prestación de servicios de forma unilateral por parte del contratista por justa causa (Fl 67-70) y el soporte de la cuenta de cobro de honorarios, junto con la constancia de su pago (Fls 71-73).

De otra parte fueron evacuados los correspondientes interrogatorios de parte en el curso de los cuales la demandada admite que el demandante desarrolló las funciones de administrador en el Conjunto atendiendo los temas de mantenimiento, recaudo de cartera y comunicaciones con los copropietarios; que en efecto debía atender al público pero no existía un horario establecido directamente, no hay control del horario pues es el mismo administrador quien define en que jornadas puede atender; que el valor de la remuneración era de \$900.000 mensuales; que si quedó un saldo por pagar y quedó registrado en contabilidad, pero el demandante jamás recogió el cheque que era de los honorarios de junio del 2015.

A su turno, el demandante admite que su labor consistía en llegar al conjunto residencial, verificar la correspondencia que haya llegado al conjunto residencial y darle respuesta, hacer un recorrido en el conjunto residencial para verificar el estado de las áreas comunes, revisar y estar pendiente de las labores de trabajaban en el Conjunto, verificar reparaciones locativas y las áreas comunes, así como atender y programar las reuniones del Consejo de Administración;



señala que durante el tiempo que estuvo vinculado, solo recibió una comunicación del presidente del Consejo de Administración, solicitándole cierta información, sin que haya recibido llamados de atención, no existía reglamento interno de trabajo, ni tuvo que pedir permisos para ausentarse, cumpliendo las obligaciones en atención a lo dispuesto en la Ley 675 de 2001.

Igualmente fue evacuado el testimonio de la señora *Luz María Molina*, quien expone es residente de la copropiedad y en tal virtud conoció al demandante, quien fue contratado por prestación de servicios; que no se le fijó un horario sino que el tiempo lo estipuló el propio demandante; que los honorarios eran cancelados por el Consejo de Administración; que abandonó el empleo y no se le puso un cronograma de actividades, pues era totalmente autónomo .

Siendo ello así, de cara al material probatorio recaudado se logra constatar que en efecto esta plenamente acreditada la prestación personal del servicio por parte del demandante, quien fungió como administrador de la copropiedad demandada, por lo menos desde el 9 de junio del 2015, fecha en que efectivamente se suscribió el contrato de prestación de servicios e inició el desarrollo de sus actividades, al no existir evidencia del desarrollo de actividad alguna con precedencia y hasta por lo menos el 5 de agosto del mismo año, calenda en la que recibió la carta mediante la cual el Consejo de Administración le informó sobre la terminación del contrato y en la que según aduce la testigo *Luz María Molina* no volvió a presentarse en el conjunto, al punto que la oficina se debió abrir mediante un cerrajero . Lo que en principio en efecto da lugar a que se presuma la existencia del vínculo laboral, acorde lo reglado en el artículo 24 del C.S.T.

No obstante lo precedente, aunque en efecto se constata que las labores que cumplió el demandante como administrador de cara lo pactado por partes en el contrato de prestación de servicios (Fls 52 a 54), el requerimiento de los resultados de información del 21 de julio del 2015 (Fls 60 a 61) y lo indicado tanto en los interrogatorios, como en el testimonio rendido por *Luz María Moreno*, son las comprendidas en el artículo 51 de la Ley 675 del 2001, el cual indica:

“La administración inmediata del edificio o conjunto estará a cargo del administrador, quien tiene facultades de ejecución, conservación, representación y recaudo. Sus funciones básicas son las siguientes:

1. Convocar a la asamblea a reuniones ordinarias o extraordinarias y someter a su aprobación el inventario y balance general de las cuentas del ejercicio



anterior, y un presupuesto detallado de gastos e ingresos correspondientes al nuevo ejercicio anual, incluyendo las primas de seguros.

2. Llevar directamente o bajo su dependencia y responsabilidad, los libros de actas de la asamblea y de registro de propietarios y residentes, y atender la correspondencia relativa al edificio o conjunto.

3. Poner en conocimiento de los propietarios y residentes del edificio o conjunto, las actas de la asamblea general y del consejo de administración, si lo hubiere.

4. Preparar y someter a consideración del Consejo de Administración las cuentas anuales, el informe para la Asamblea General anual de propietarios, el presupuesto de ingresos y egresos para cada vigencia, el balance general de las cuentas del ejercicio anterior, los balances de prueba y su respectiva ejecución presupuestal.

5. Llevar bajo su dependencia y responsabilidad, la contabilidad del edificio o conjunto.

6. Administrar con diligencia y cuidado los bienes de dominio de la persona jurídica que surgen como consecuencia de la desafectación de bienes comunes no esenciales y destinarlos a los fines autorizados por la asamblea general en el acto de desafectación, de conformidad con el reglamento de propiedad horizontal.

7. Cuidar y vigilar los bienes comunes, y ejecutar los actos de administración, conservación y disposición de los mismos de conformidad con las facultades y restricciones fijadas en el reglamento de propiedad horizontal.

8. Cobrar y recaudar, directamente o a través de apoderados cuotas ordinarias y extraordinarias, multas, y en general, cualquier obligación de carácter pecuniario a cargo de los propietarios u ocupantes de bienes de dominio particular del edificio o conjunto, iniciando oportunamente el cobro judicial de las mismas, sin necesidad de autorización alguna.

9. Elevar a escritura pública y registrar las reformas al reglamento de propiedad horizontal aprobadas por la asamblea general de propietarios, e inscribir ante la entidad competente todos los actos relacionados con la existencia y representación legal de la persona jurídica.

10. Representar judicial y extrajudicialmente a la persona jurídica y conceder poderes especiales para tales fines, cuando la necesidad lo exija.

11. Notificar a los propietarios de bienes privados, por los medios que señale el respectivo reglamento de propiedad horizontal, las sanciones impuestas en su contra por la asamblea general o el consejo de administración, según el caso, por incumplimiento de obligaciones.

12. Hacer efectivas las sanciones por incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley, en el reglamento de propiedad horizontal y en cualquier reglamento interno, que hayan sido impuestas por la asamblea general o el Consejo de Administración, según el caso, una vez se encuentren ejecutoriadas.

13. Expedir el paz y salvo de cuentas con la administración del edificio o conjunto cada vez que se produzca el cambio de tenedor o propietario de un bien de dominio particular.

14. Las demás funciones previstas en la presente ley en el reglamento de propiedad horizontal, así como las que defina la asamblea general de propietarios.

PARÁGRAFO. Cuando el administrador sea persona jurídica, su representante legal actuará en representación del edificio o conjunto.

Lo cierto es que las referidas obligaciones, según se colige de lo admitido por el propio demandante en su interrogatorio de parte, fueron desarrolladas atendiendo al mandato legal previamente aludido, sin que existiera injerencia por parte del Consejo de Administración, ni mucho menos un poder subordinante o



disciplinario por parte del mismo, pues confiesa el propio demandante que jamás recibió llamados de atención, ni tampoco requería pedir permisos para ausentarse de su lugar de trabajo, así como tampoco llegó a imponérsele un horario, siendo libre del manejo de su tiempo, como lo precisa la testigo *Luz María Moreno*.

De hecho, se corrobora en el acta de la Asamblea del 29 de julio del 2015, que el promotor no asiste a la referida reunión, por cuanto expresó que ese día no estaría disponible a razón de una reunión familiar, lo cual permite entrever que efectivamente era totalmente autónomo en el manejo de su tiempo y en el desarrollo de las actividades a su cargo.

Ahora, no pasa por alto la Sala que el Consejo de Administración solicitó un informe de sus gestión al demandante, pero tal suceso por si mismo no demuestra de forma alguno la predicada subordinación, sino el cumplimiento de la obligaciones legales a cargo del mismo en concordancia con lo reglado en el artículo 55 de la Ley 675 del 2001, acorde a la cual, le corresponde tomar las determinaciones necesarias para que la persona jurídica cumpla sus funciones conforme lo previsto en el reglamento de propiedad horizontal, por manera que al evidenciar el incumplimiento en las funciones legales y contractuales en cabeza del administrador, resultaba lógico que solicitar un informe de su gestión, sin que dicha situación por si misma permita entrever que exista subordinación, máxime cuando se itera, el actor siempre desarrollo su actividad de forma libre, sin encontrarse sujeto a un régimen sancionatorio o disciplinario de ninguna índole.

Se sigue de lo enunciado que la relación existente entre las partes lo fue mediante un contrato de prestación de servicio y no uno de carácter laboral, como lo indica el demandante, por lo que le asiste la razón a la falladora de primera instancia al absolver a la convocada a juicio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:



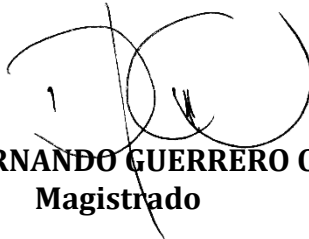
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

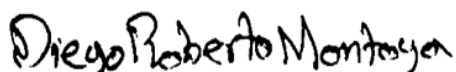
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 27 201800100 01
Demandante: JULIO CESAR ALVAREZ POLOCHE
Demandado: ACCIÓN S.A.S. Y THYSSENKRUPP
ELEVADORES S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *ACCION S.A*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Katherine Rincón Arango* identificada con C.C No 29.351.797 y T.P No 191.001 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por las partes en contra de la sentencia proferida el 12 de noviembre del 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Julio César Álvarez Poloche*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Acción S.A.S* y *Thyssenkrupp Elevadores S.A*, a efectos de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de octubre de 1995 al 31 de diciembre de 2014 y en consecuencia se condene a las demandadas al pago de las cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas de servicios, la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el 26 de octubre de 1995 celebró un contrato de trabajo con la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A* y este finalizó el 31 de octubre del 2014, desarrollando el cargo de Revisor Fiscal Suplente percibiendo como último salario la suma de \$2.652.000, fue Revisor Fiscal Suplente del 26 de octubre de 1995 al 30 de marzo de 1997 y fungió como Revisor Principal desde el 31 de marzo de 1997 hasta el 17 de mayo del 2007; luego de julio del 2007 la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A* contrato a *Acción S.A.S* como empresa temporal para que el demandante continuara el contrato de trabajo, el que perduró hasta el 30 de agosto del 2008, con un salario básico de \$1.300.000; el 1° de septiembre del 2008 la demandada *Thyssenkrupp Elevadores S.A* le ordenó crear una empresa unipersonal denominada *Alpol Asesorías Tributarias y Contables E.U.* y con la misma se suscribió un contrato de prestación de servicios del 1° de septiembre del 2008 al 31 de agosto del 2009; el 20 de marzo del 2009 las partes suscribieron Otro Si por el periodo comprendido del 1° de septiembre del 2009 al 31 de agosto del 2010, el cual se continuó prorrogando hasta el 31 de diciembre del 2014 percibiendo como último salario la suma de \$2.652.000.

Finalmente, el 31 de octubre del 2014 la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A* le informó su deseo de dar por terminado el contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

Thyssenkrupp Elevadores S.A en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que entre las partes no existió un contrato de trabajo, sino que las partes suscribieron diversos contratos de prestación de servicios, los cuales fueron ejecutados por el libelista de forma autónoma e independiente.

Propone como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de causa de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, cobro de lo no debido y la genérica.

La demandada *Acción S.A.S* en su escrito de contestación aceptó que el demandante mantuvo una relación laboral con dicha entidad por el periodo comprendido del 3 de julio del 2007 al 30 de agosto del 2008, oponiéndose al resto de pretensiones, por cuanto afirma que durante dicho interregno de tiempo canceló al demandante todas las acreencias laborales.



Propuso como medios exceptivos los que denominó carencia de derecho para demandar, pago, buena fe del empleado y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de noviembre del 2019 declaró que entre el demandante y la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A* existió un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de abril de 1997 al 31 de diciembre del 2014, en virtud del cual se desempeñó en el cargo de Revisor Fiscal, Asesor Contable y Tributario; como consecuencia condenó a la demandada a cancelar al actor \$17.757.648 por concepto de cesantías, \$318.240 a título de intereses de cesantías, \$1.326.000 por prima de servicios, \$2.320.500 por concepto de vacaciones; los intereses moratorios causados sobre la suma de \$19.401.888 desde el 1° de enero del 2015 hasta cuando se haga el pago de la obligación a la tasa máxima de créditos de libre asignación; negó las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión manifestó que está demostrada la actividad personal del señor *Julio Cesar Álvarez Poloche* como Revisor Fiscal y Asesor Contable y Tributario de la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* desde el 1° de abril de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora, si bien es cierto la demanda indicó que la vinculación del señor *Álvarez Poloche* fue a través de diferentes formas de contratación, lo cierto es que inició como Revisor Fiscal y posteriormente en el año 2007 fue vinculado a través de la empresa *Acción S.A.S.* como trabajador en misión para seguir siendo Revisor Fiscal de la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A.*, así como Asesor Contable y Tributario, actividad que se prolongó posteriormente a través de diferentes contratos de prestación de servicios, que si bien durante algunos periodos se celebraron con una Empresa Unipersonal del señor *Álvarez Poloche*, el objeto de ellos era exactamente el mismo, prestar servicios profesionales en materia tributaria contable y de información externa del orden gubernamental o privado, que incluyó la preparación, elaboración, presentación y acompañamiento y tal como lo aceptó la representante legal de la demandada, la idea de la conformación de la Empresa Unipersonal era la organización de todos los proveedores de la



empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A*, lo cual no desvirtuó que el demandante continuará prestando su servicio personal como Asesor Tributario y Contable y como Revisor Fiscal y que el objeto de tales contratos fuera justamente la actividad personal profesional del demandante.

Demostrada entonces como se encuentra la actividad personal, la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo se presume y correspondía a la empresa accionada desvirtuarla, carga probatoria con la que no cumplió, pues si bien es cierto el demandante indicó que su actividad era autónoma, fue el mismo quien indicó que obedecía órdenes y permanecía en la empresa demandada todos los días en el horario normal de trabajo y los declarantes citados al proceso indicaron que no les consta quien le daba las órdenes, ni tampoco si se le exigía el cumplimiento del horario de trabajo, pero no debe olvidarse que no corresponde a esta juzgador verificar si se demostró que la actividad del demandante fue subordinada pues respecto de ese elemento esencial del contrato de trabajo operó una presunción legal, así, pese a que durante un periodo el trabajador fue vinculado a través de una empresa de servicios temporales y durante varios periodos siguientes los contratos de prestación de servicios de celebraron con la Empresa Unipersonal constituida por el trabajador, lo cierto es que la actividad del señor *Álvarez Poloche* fue una sola como Revisor Fiscal y Asesor Tributario y Contable, sin que se desvirtúe la subordinación.

Estima que la demandada *Acción S.A.S* actuó como simple intermediaria, en tanto la actividad del trabajador seguía siendo la misma, no obstante, como quiera que demostró haber cancelado las obligaciones laborales que un verdadero empleador tiene con su trabajador, no fulminó condena por el periodo comprendido entre el 3 de julio de 2007 y el 30 de agosto de 2008.

Acreencias laborales, como quiera que *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* no demostró haber pagado ninguna de las acreencias laborales que reclama el demandante pasará a verificarse su procedencia teniendo en cuenta para su cálculo los siguiente salarios; desde el 1 de abril de 1997 al 2 de julio de 2007 se liquidarán las prestaciones sobre un salario mínimo mensual legal vigente, como quiera que el demandante no demostró haber devengado un salario superior durante ese periodo; no se liquidarán las vacaciones, ni prestaciones sociales correspondientes al periodo comprendido entre el 3 de julio de 2007 y el 30 de agosto de 2008 como quiera que las acreencias de ese periodo fueron canceladas



por *Acción S.A.S.*

Del 1º de septiembre de 2008 al 31 de diciembre 2014 tuvo en cuenta los salarios señalados en los diferentes contratos de prestación de servicios celebrados del 1 de septiembre de 2008 al 1 de septiembre de 2009 \$1,920,000; del 1 de septiembre de 2009 al 31 de diciembre de 2010 \$2,150,000; del 1 de enero al 31 de agosto de 2011 \$2,218,155; del 1 de septiembre de 2011 al 31 de diciembre de 2012 \$2,440,000; del 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013, \$2,538,000; y del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014 \$2,652,000.

Frente a la excepción de prescripción estimó que se interrumpió con la reclamación formulada por el demandante a la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* el 26 de septiembre de 2017 según folios 291 al 306 del plenario, por lo que declaró prescritos los derechos laborales causados desde el 1 de abril de 1997 hasta el 25 de septiembre de 2014, salvo las cesantías que solo se hicieron exigibles a la finalización del vínculo laboral entre las partes, por lo que debe condenarse a la totalidad de las mismas y las vacaciones cuyo término de prescripción es de cuatro años, por lo que se condenará al pago de las causadas entre el 1 de abril de 2013 y el 31 de diciembre de 2014.

Frente a la *Indemnización moratoria*, en tanto el señor *Julio Cesar Álvarez Poloche* presentó demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar las prestaciones sociales debidas el 19 de febrero de 2018, esto es tres años un mes y 19 días después o más de 25 meses después de la finalización del contrato, no tiene derecho al pago de indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago, sino que se condenará a la sociedad *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* a pagar los intereses moratorios causados sobre la suma de \$19,401,888 desde el 1 de enero de 2015 hasta cuándo el pago de la obligación se efectúe a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

Finalmente, frente a la solicitud de la pensión sanción solicitada en los alegatos de conclusión, advierte que la misma no fue solicitada en la demanda y no podría condenarse ni siquiera con las facultades extra petita del juez laboral toda vez que no fueron objeto de debate probatorio en el proceso los requisitos legales previstos para su concesión.



III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se encuentra en desacuerdo con la negación de la pensión sanción, puesto que esto es un derecho real y que no prescribe y el demandante tiene derecho a la misma, por lo tanto, considera que debido reconocer este derecho ya que se encuentra amparado precisamente en esa facultades *ultra y extra petita*, que a veces por negligencia o por descuido de pronto en el momento del formular la demanda no se tuvo en cuenta, pero que es un derecho real al cual el actor no puede renunciar.

A su turno la demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que en la sentencia que acaba de ser expedida, que la prestación personal de servicio se encontró en este caso probada por parte del señor demandante, que este inició como Revisor Fiscal y que tuvo diferentes formas de vinculación con mi representada. En cuanto a la subordinación indicó que esta se presume, lo cual hasta ese momento no es objeto de discusión por parte de mi representada, no obstante, pero la misma fue desvirtuada.

Esta subordinación logro desvirtuarse con varios de los elementos indicados o en las pruebas tanto documentales, como en el interrogatorio parte, como en los pruebas testimoniales, para ello debe tenerse en cuenta la sentencia S.L. 4658 del 2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en donde indica precisamente que acreditada la prestación personal de servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto corresponde al empleado desvirtuarla y dice cómo debe desvirtuarla, dice demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente, aspecto que inclusive el propio despacho mencionó en sus consideraciones cuando citó lo que había dicho el propio demandante en su interrogatorio de parte, quien confesó que efectivamente sus servicios habían sido prestados siempre de manera autónoma e independiente, aspecto que también fue manifestado de la misma manera por parte de la representante legal de la empresa quien dijo que los servicios habían sido prestados de manera autónoma e independiente, lo mismo fue dicho por parte de los dos testigos, quienes indicaron que esas labores presentadas por parte del demandante no fueron de una forma distinta sino de una manera autónoma e independiente.



Si esto no fuese suficiente, además debe revisarse las pruebas documentales y los contratos de prestación de servicios y los otrosíes a los contratos de prestación de servicios, en donde evidentemente está señalado en cada uno de ellos que las labores como Revisor Fiscal y como Asesor Tributario y Contable del demandante siempre se realizarían de manera autónoma e independiente y no se entiende como estas labores puedan desarrollarse de una manera distinta a una manera autónoma e independiente, pues tal y como lo mencionó en esta misma audiencia uno de los testigos, indicó que los informes de revisoría fiscal son los ojos de la junta directiva, implica que este tipo de informes y de presentaciones indica cuál es el estado en materia fiscal y de cumplimiento de la normatividad tributaria en la que está la empresa, de manera que no puede existir de ninguna manera algún tipo de subordinación o de presión o de coacción o coerción alguna sobre quien ejerce este tipo de labores.

Es esta la razón fundamental por la cual siempre se optó porque fuese pues un contrato de prestación de servicios y es más, se hace evidente esta situación porque ninguna empresa, tiene contratado a un Revisor Fiscal por contrato de trabajo, pues precisamente lo que caracteriza esta labor es la autonomía e independencia que debe rodear a la ejecución de esta profesión, pues se trata de alguien que le debe avisar a quienes están sosteniendo las riendas de la organización como es que están ellos en materia de cumplimiento de sus obligaciones en materia tributaria.

Además, debe tenerse en cuenta que la presunción de subordinación también fue desvirtuada por el propio demandante quién en su interrogatorio de parte indicó que jamás le hicieron llamados de atención, lo cual implica que no hubo ejercicio de la potestad disciplinaria que es una manifestación de la subordinación, que no cumplía horario que también es una manifestación de subordinación, que no cumplía horario que también es una manifestación o que es indicativo de ausencia de subordinación, que nunca se le autorizaron vacaciones o que este tampoco las pidió lo cual vuelve e ínsito es un elemento indicativo de que no existió nunca una subordinación sobre él y para reforzar todo lo anterior también manifestó que nunca se le impuso tampoco el reglamento interno de trabajo, por el contrario siempre indicó que su trabajo nuevamente fue de manera autónoma e independiente tal y como lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral para poder desvirtuar esta presunción de subordinación.



En cuanto al tema de lo relacionado con la prescripción también debe tenerse en cuenta que la reclamación presentada por el demandante, o que en realidad los derechos del demandante ya se encontraban prescritos en el momento de la presentación de la demanda, motivo por el cual a pesar de que se hubiese declarado la existencia de una relación laboral, pues tampoco se debía condenar al pago de ningún derecho, ni al reconocimiento de ninguna acreencia laboral, toda vez que estos ya se encontraban prescritos.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, por cuestiones metodológicas, la Sala determinará en primer lugar, si entre la demandante y *Thyssenkrupp* existió una relación laboral; en caso afirmativo si las acreencias laborales se encuentran prescritas y si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción.

a. Del Vínculo Laboral:

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

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



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

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

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

“Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus



propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

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

b. Del Caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si los servicios prestados por el señor *Julio Cesar Álvarez Poloche* a la empresa *Thyssenkrupp*, fueron prestados bajo el marco de un contrato de trabajo o de varios contratos de prestación de servicios, como alude la demandada.

Frente al asunto encuentra la Sala dentro de las documentales aportadas una comunicación del 16 de abril de 1997 mediante la cual el Gerente General de la empresa demandada comunicó al demandante que la Asamblea de Socios lo designó para el cargo como Revisor Fiscal para el año 1997 (folio 47); durante los años 1996, 1997,1998 y 1999 el señor Julio Cesar Álvarez Poloche firmó las declaraciones de renta efectuadas por la empresa Thyssen Electec S.A. como Revisor Fiscal (fls 45, 46, 48, 49, 54 y 55) y como tal fue invitado a las Asambleas Generales de Accionistas de la demandada llevadas a cabo los días 16 de marzo de 2001 (folio 57); 21 de marzo del 2002 (folios 59); 26 de marzo de 2003 (folio 61); 30 de marzo de 2005 (folio 88) y 29 marzo 2007 (folio 90).

Así mismo se corrobora que el 3 de julio de 2007 el actor celebró un contrato de trabajo con la demandada *Acción S.A.* por duración de la obra o labor determinada en virtud de la cual se vinculó al demandante como administrativo en la empresa cliente *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* (folios 67, 68 y 355), con ocasión del cual, la



mentada demandada empresa se encargó de reconocer y pagar al demandante todas las acreencias laborales con ocasión al mismo (Fls 356 a 365).

No obstante, a partir del 1° de septiembre del 2008 la pasiva suscribió contratos de prestación de servicios con la empresa *Apol Asesorías Tributarias y Contables Empresa Unipersonal*, representada legalmente por el demandante, para que esta última prestara sus servicios profesionales en materia tributaria, contable y de información externa del orden gubernamental o privado, que incluyó la preparación, elaboración, presentación y acompañamiento (Fls 70-71). Contrato que fue sucedido por varios contratos de la misma naturaleza, hasta el 1° de septiembre del 2011, calenda en la cual la empresa suscribe el contrato de prestación de servicios directamente con el demandante, mismo que se extiende en virtud de otros contratos de prestación de servicios hasta el 31 de octubre del 2014 (Fls 37-82).

Así mismo, se aportaron los certificados de retención en la fuente de la demandada (Fls 83-88), junto con diversas comunicaciones dirigidas a la DIAN mediante las cuales la pasiva autoriza al demandante para efectuar diversos trámites tributarios en representación de la sociedad *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* (Fls 96-110), así como soportes de diversos documentos firmados por el actor como Revisor Fiscal de la demandada *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* (fls 189-238) los extractos bancarios del demandante (Fls 121-133) y las cuentas de cobro presentadas por el actor ante la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* por sus servicios prestados (Fls 134-188)

Por otra parte, se tiene que en el curso de los correspondientes interrogatorios de parte la convocada a juicio *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* admitió que el demandante fungió como Revisor Fiscal principal y suplente de la demandada del 31 de marzo del 97 al 17 de mayo del 2007, que como empleado de Acción S.A. prestó sus servicios de manera personal como Asesor del área tributaria y contable para la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* desde el 3 de julio de 2007 hasta el 30 de agosto de 2008, la suscripción del contrato de prestación de servicios con la empresa del demandante, la consignación de los honorarios en la cuenta personal de libelista, sin que le fuera dable delegar sus funciones como Revisor Fiscal, siendo necesario que se presentara en las instalaciones de la pasiva para verificar la documentación, así mismo admite que desarrolló funciones como Revisor Fiscal principal, como Revisor Fiscal suplente y como Asesor Tributario



para la compañía, esta última actividad desarrollada durante los años 2007 y 2008 cuando fue vinculado mediante Activos S.A, expuso que como Revisor Fiscal presentaba un dictamen a la Junta para la elaboración de los estados financieros, como asesor tributario puede dictaminar o decir, asesorar a la compañía en la parte de los impuestos, como Revisor Fiscal tiene la obligación de firmar las declaraciones tributarias de la compañía y como Asesor Tributario puede presentar propuestas para el mejoramiento de la parte de los impuestos de la compañía; sin embargo aclara que el demandante no tenía un horario de trabajo, podía ejercer su actividad profesional cuando él lo consideraba, podía revisar los documentos que él consideraba y no tenía ningún jefe.

A su turno, *Acción S.A* admitió que es una empresa de servicios temporales y en virtud de un requerimiento de *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* vinculó al demandante como Asesor del área Tributaria del 3 de julio de 2007 y el 30 de agosto de 2008.

Por otra parte, el demandante en su interrogatorio de parte admite que siempre ha prestado sus servicios como Revisor Fiscal a empresas grandes y ha tenido más o menos 8 y que la actividad que prestó para la demandada *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* como Revisor Fiscal la ejecutó de forma autónoma e independiente, en virtud de la cual siempre presentó cuentas de cobro, que nunca recibió llamados de atención o sanciones de tipo disciplinario, nunca solicitó vacaciones, no tenía personal a cargo porque su trabajo era en cierto sentido especializado, hacer declaraciones, contestar requerimientos y atender las visitas de auditoría externa, interna y atender los entes gubernamentales y que durante el tiempo que estuvo vinculado con *Acción S.A* recibió el pago de las acreencias laborales y estuvo afiliado a Seguridad Social, precisa que fuera del tiempo vinculado por *Acción* permanecía en la empresa de 8:00 de la mañana a 6:00 de la tarde pero no porque se lo exigieran, pues lo único que le exigían era el trabajo, el trabajo.

Igualmente fueron evacuados los testimonios de *Cibel Suarez Castellanos*, quien aduce fue Jefe de Planta de la demandada por más de 20 años, por tanto le consta que el demandante recibía ordenes del Director Administrativo, del Gerente Financiero y del Gerente en turno, ordenes que consistían en la solicitud de informes de impuestos, informes de su trabajo, le preguntaban que como va el tema de impuesto, no le consta si le exigían el cumplimiento de un horario pero



siempre lo veía ahí de o a seis en su lugar de trabajo, con un computador pero no sabe quien se lo suministró .

El deponente *Edgar Alfonso Velandia Pardo*, quien fue Asistente Administrativo Jefe de Cartera y Contador de la demandada, por tanto conoció al demandante como Revisor Fiscal de *Thyssenkrupp Elevadores S.A.* que profesionalmente el demandante no cumplía ordenes ni instrucciones, pero habían personas en constante comunicación con el actor como el Gerente Administrativo y Financiero y el Asistente que tenía la Gerencia Administrativa y Financiera, quienes le solicitaban que revisara los Estados Financieros y los impuestos, no sabe si debía cumplir un horario pero siempre lo vio en la empresa, que tenía independencia para hacer su trabajo.

De cara a lo hasta aquí expuesto, comparte la Sala el criterio del *a quo* en cuanto a que se encuentra suficientemente acreditado que el demandante laboró de forma personal para la demandada durante el periodo comprendido del 1° de abril de 1997 al 31 de diciembre del 2014, desarrollando sus labores como Revisor Fiscal y Asesor Tributario, por tanto, en efecto acorde lo reglado en el artículo 24 del C.S.T se presume la existencia de un vínculo de índole laboral.

Sin embargo, disiente la Sala de la determinación adoptada por la falladora en primera instancia, habida consideración que para esta Sala de Decisión, tal presunción legal quedó derruida por la pasiva, por cuanto fue el propio demandante quien confesó en el interrogatorio de parte que la actividad desarrollada para la demandada la ejecutó de forma autónoma e independiente, que no le exigían el cumplimiento de un horario sino el cumplimiento de su trabajo y que no recibió llamados de atención, ni sanciones disciplinarias. Afirmación que concuerda con la declaración rendida por los testigos, en especial lo indicado por el señor *Edgar Alfonso Velandia Pardo*, en cuanto afirma que el promotor no recibía órdenes.

Bajo esta misma línea, avizora la Corporación que pese a que ambos testigos aluden que el demandante tenía como Jefes a la Gerencia Administrativa y Financiera, estos concuerdan en que los requerimientos recibidos por el demandante consistían en que debía rendir informes sobre su gestión o que revisara los Estados Financieros o Impuestos; instrucciones que en modo alguno pueden comportan la subordinación propia de un contrato de trabajo, pues de



hecho, se limitan a exigir al contratista la ejecución de su labor como Revisor Fiscal y el suministro de la información que permita constatar el cumplimiento del objeto contractual. Luego, comportan requerimientos propios de un contrato de prestación de servicios, pero en modo alguno resultan suficientes para dar por sentada la presencia de la continua subordinación, como elemento esencial del vínculo laboral a la luz de lo reglado por el artículo 23 del C.S.T.

Corolario de lo hasta aquí indicado, sobra para la Sala advertir que si bien en principio opero la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T, la misma quedó ampliamente desvirtuada en el proceso, en la medida en que la empresa *Thyssenkrupp Elevadores S.A.*, logró acreditar de forma suficiente que dicha gestión fue desarrollada por el libelista de forma autónoma e independiente, se *itera*, conforme el mismo lo confesó en el interrogatorio de parte. Por manera que la para la Corporación las labores desarrolladas por el promotor no fueron desarrolladas en el marco de la relación laboral alegada por el libelista.

Finalmente, en lo que respecta al periodo de tiempo durante el cual el demandante estuvo vinculado por la EST Activos S.A, esto es del 3 de julio del 2007 al 30 de agosto del 2008, basta indicar que conforme se constata del plenario durante dicho periodo el demandante fue contratado como Administrativo, para el desarrollo de la función de Asesor Tributario. Lapso de tiempo durante el cual, no solo admite el promotor haber recibido el pago de todas las acreencias laborales, sino que adicionalmente se ajusta a los términos contemplados en el numeral 3° del artículo 77 de la ley 50 de 1990.

Trazados estos lineamientos, le corresponde a esta Sala revocar el fallo adoptado en primera instancia, para en su lugar absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declarar probada la excepción de inexistencia de causa y obligación, por lo que la Sala se releva del estudio de los demás medios exceptivos y puntos de apelación, en tanto estos devenían de la existencia de la relación laboral alegada.

Por lo hasta aquí consignado, las costas de primera instancia deben correr a cargo del demandante. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN



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

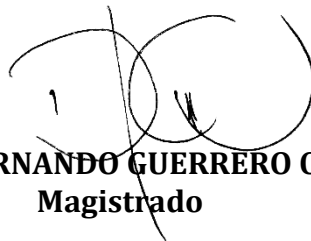
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de noviembre del 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso promovido por JULIO CÉSAR ÁLVAREZ POLOCHE contra THYSSENKRUPP ELEVADORES S.A Y ACTIVOS S.A, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

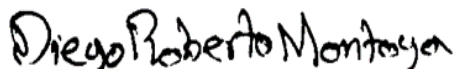
SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: COSTAS de primera instancia a cargo del demandante. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 29 2018 00518 01
Demandante: RAFAEL SUAREZ GALEANO
Demandado: LUZ MERY ZAMBRANO ESPEJO Y JOSÉ
HERNÁN FLORES MORALES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por los demandados en contra de la sentencia proferida el 26 de noviembre del 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Emelia Linares Garzón*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Luz Mery Zambrano Espejo y José Hernán Flores Morales*, a efectos que se declare que entre la demandante y los demandados existió un contrato de trabajo a término indefinido del 22 de marzo del 2011 al 25 de junio del 2017, el cual finalizó de forma injusta, sin que se realizaran los aportes al Sistema General de Seguridad Social, percibiendo un salario de \$1.200.000.

En consecuencia, solicita que se condene a los demandados al pago de las cesantías, intereses de cesantías, la sanción por falta de pago de las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria, los intereses moratorios de la sanción moratoria, los aportes al Sistema General de Seguridad Social, dotaciones, costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar para los demandados el 22 de marzo del 2011 mediante un contrato de trabajo verbal a



término indefinido, con una remuneración mensual de \$1.200.000, desempeñando el cargo de conductor de la volqueta de placas SDA 646 y posteriormente, la de placas JAE 591.

Indica que los demandados son cónyuges y no le solucionaron los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, prestaciones sociales ni vacaciones.

Refiere haber sido despedido sin justa causa, sin recibir el pago de la indemnización por despido injusto y teniendo en curso varios acuerdos de pago con la Secretaria de Tránsito de Bogotá en cuantía de \$3.054.550, por los vehículos de propiedad de los demandados.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Los demandados en su escrito de contestación se opusieron a las pretensiones aduciendo que entre las partes no existió una relación laboral, sino un contrato verbal de prestación de servicios.

Formulan como medios exceptivos los que denominaron prescripción, inexistencia del derecho reclamado, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de competencia, cobro de lo no debido, inexistencia de los elementos del contrato de trabajo, temeridad y mala fe del demandante.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 26 de noviembre del 20019, declaró que entre el demandante *Rafael Suarez Galeano* y la demandada *Luz Mery Zambrano Espejo* existió una relación laboral del 13 de julio del 2010 al 1° de abril del 2017, con una asignación mensual de \$1.200.000.

En consecuencia, condenó a la demandada al pago de \$2.100.000 por concepto de cesantías, \$441.000 por intereses de cesantías, \$2.100.000 por prima de servicios, \$1.050.000 por compensación de las vacaciones, \$5.412.000 por indemnización por despido injusto; condenó a la demandada al pago de las sumas adeudadas en forma indexada; condenó a la demandada al pago de los aportes al Sistema



General de Seguridad Social; absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión adujo que se acreditó que el actor prestaba de manera personal la actividad para la demandada *Luz Mery Zambrano Espejo*, quien es la propietaria de los vehículos, y además impartía órdenes para el cumplimiento de las funciones, sin que la actividad de conductor pueda catalogarse con una profesión liberal a efectos de una vinculación mediante contrato de prestación de servicios.

Por otra parte, que si bien la contratación se realizó por conducto del señor *José Hernando Flores Morales*, ello obedeció a una delegación, situación que en la actividad mercantil se encuentra regulada por el artículo 332 del Código de Comercio bajo la denominación de contrato de preposición.

En cuanto a los extremos temporales de dicha vinculación se ubican entre 22 de marzo del 2011 y el 25 de junio de 2017, según certificación expedida por el demandado *José Hernán Flores Morales*, al señalar que para el 27 de agosto de 2016 llevaba laborando el actor dos años, es decir, desde el 27 de agosto de 2014, además de los comparendos que tuvo el actor del 30 de agosto del 2012 al 3 de julio de 2014, el contrato de prestación de servicios que se suscribió el 22 de junio de 2015 y en la contestación de la demanda se confesó que el contrato de prestación de servicios del 22 de junio del 2015 se suscribió en las mismas condiciones en que venía desarrollando las actividades del 22 de marzo del 2011.

Con fundamento en lo anterior, procedió a realizar los cálculos aritméticos de rigor en torno a las acreencias laborales adeudadas al demandado.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el extremo demandado presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se demostró que no existía la subordinación y dependencia que se exige para que exista una relación laboral regida por un contrato de trabajo, lo cual se desprende del contenido del contrato de prestación de servicios aceptado por el actor, lo cual da cuenta además que el servicio era interrumpido, ya que la misma cláusula cuarta del contrato en mención se afirma que se pagaba por viajes, excluyéndose además en la cláusula



quinta toda relación laboral entre las partes, sin que se haya elevado reclamo alguno por el demandante sobre tal aspecto.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si entre el demandante y la señora *Luz Mery Zambrano Espejo* existió una relación laboral.

c. Del Vínculo Laboral:

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

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

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de



mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

d. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre las partes existió una relación laboral.

Para tal efecto, procede la Sala a analizar el material probatorio arrimado al proceso, dentro del cual se puede apreciar: una carta de recomendación laboral suscrita por el señor *José Hernán Flores Morales* en la que el mismo aduce que el demandante laboró con él por espacio de dos (2) años como conductor de volqueta con una remuneración mensual de \$1.200.000 (Fl 5); un informe de resultados de una revisión técnico mecánica efectuado el 10 de septiembre del 2014 al vehículo de placas JAE 591 de propiedad de la señora *Luz Mery Zambrano Espejo* (Fl 6); la póliza del vehículo de placas SDA 646 de propiedad de la demandada (Fl 7); el comprobante del pago de un comparendo del vehículo de placas SDA 646 en el que se registra como infractor el demandante (Fl 8); constancia de las multas impuestas al demandado entre el 30 de agosto del 2012 y el 3 de julio del 2014 por los vehículos de placas SDA 646 y JAE 591 (Fl 9); un comprobante de pago de un comparendo del 20 de diciembre del 2011 impuesto al demandante mientras maneja el vehículo de placas SDA 646 (Fl 10); comparendos de tránsito (Fl 11, 14 y 15), una factura por los servicios de ajuste de tiempos de inyección (fl 12) y la copia de un contrato de prestación de servicios suscrito por el demandante el 22 de junio del 2015, a efectos de que el demandante preste los servicios de Operador de Volqueta pactando como contraprestación \$15.000 por los viajes realizados a diario (Fls 30-31).

De otra parte fueron absueltos los correspondientes interrogatorios de parte en el curso de los cuales la demandada *Luz Mery Zambrano Espejo* admitió que conoce al demandante porque trabaja con su cónyuge ayudándole a despachar materiales, despachando viajes o en cualquier trabajo que él estuviera desocupado desde hace más o menos cuatro (4) años y hasta hace dos (2) años aproximadamente; que su cónyuge es propietario de los vehículos y que si bien se registran a su nombre, quien los explota es su cónyuge transportando materiales



de construcción, por lo cual le cancelaba al promotor del litigio \$14.000 o \$15.000 por viaje.

A su turno, el demandado *José Hernán Flores Morales*, admite que conoció al demandante hace ocho (8) años como conductor de una volqueta, que trabajaba con el demandado y que dicha labor la inició hace cinco (5) o seis (6) años y terminó hace dos (2) años; que él llamaba al demandante para ofertarle viajes, reconociendo que no le pagó prestaciones sociales.

A su turno, el demandante admite que conoció al demandado al conducirlo los vehículos referidos anteriormente; que la firma que aparece en el contrato de prestación de servicios si es suya pero el estimaba haber suscrito una carta para un préstamo; que los viajes se podían hacer a cualquier hora del día teniendo en cuenta las restricciones y que le cancelaban en efectivo \$180.000 semanales más \$10.000 por viaje.

Igualmente fueron evacuados los testimonios de *William Agatón Mora*, quien conoce a los demandados al haberles vendido la volqueta de placas JAE 591 en el año 2011; que el demandado es transportador y trabaja para varias empresas y obras; también relata que conoce al demandante quien trabajó para los demandados hasta hace dos (2) años aproximadamente.

Igualmente, el deponente *Edgar Rodríguez Morales*, quien aduce se dedica a oficios varios, señala que conoce a los demandados por vecindad y por cuanto lo llamaban para cargar la volqueta, por tanto conoció al demandante como conductor, a quien ayudaba a recoger la carga y escombros en varias ocasiones a la semana.

Asimismo, rindió su declaración *Edilberto Zambrano Garzón*, conductor que aduce laboró para el demandado entre los años 2009 y 2010, manejando una volqueta; que no conoce al demandante, pero aduce que tiene una volqueta y la guarda en el mismo parqueadero que el demandado, por tanto, le consta que esta permanecía por varios días y que cuando trabajó con el demandado le pagaba \$8.000 por viaje.

De esta manera, atendiendo a las pruebas vertidas dentro de la presente litis, constata la Sala que el demandante prestó sus servicios personales como



conductor para los hoy demandados, manejando los vehículos referenciados, lo que a lo sumo permite que se presuma la existencia del vínculo laboral conforme lo reglado por el artículo 24 del C.S.T

Presunción de orden legal, que si bien admite prueba en contrario, en el *sub-lite* no logró ser desvirtuada por la convocada a juicio, *a contrario sensu*, avizora la Sala que en el mismo interrogatorio de parte los demandados confesaron que el demandante fungió como conductor de las volquetas, actividad que debía desarrollar atendiendo las instrucciones impartidas por el hoy demandando *José Hernán Flórez Morales*, quien confiesa llamaba al demandante y le indicaba que viajes debía realizar. Situación que denota la existencia de una clara subordinación, por cuanto no hay manera de afirmar que la actividad fuera desarrollada de forma autónoma e independiente por el libelista, en la medida en que los viajes que realizaba debían ejecutarse en los camiones de propiedad de la demandada y debía realizar aquellos que fueran determinados por el señor *Flores Morales*, recogiendo el vehículo en el parqueadero determinado por el propio demandado.

Asimismo, se verifica con las documentales allegadas que existe evidencia fehaciente que el demandante manejó los vehículos de placas JAE 591 y SDA 646 (Fl 9), los cuales acorde los testimonios rendidos y las pólizas de seguros del proceso pertenecía el primero al señor *José Hernán Flores Morales* y el segundo de su cónyuge *Luz Mery Zambrano Espejo*.

En lo que respecta al pluricitado contrato de prestación de servicios al que alude la parte convocada a juicio en su apelación (Fls 30-31), es menester de la colegiatura recordar que con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en material laboral el operador judicial debe fundamentar su decisión en los hechos que se acrediten en el proceso, esto es, sujetándose a las realidad, lo que en suma implica que más allá de los documentos que pudieren firmar los contratantes o la denominación que se le pueda dar a los mismos, son las características con las cuales se desarrolla el servicio las que permiten predicar o no la existencia de una relación laboral, bastando para ello que se verifique la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, contemplados en el artículo 23 del C.S.T.



Por manera que al constatarse que en autos el servicio prestado por el demandante a los hoy enjuiciados, como conductor de sus volquetas, fue desarrollado de forma personal, bajo una continua subordinación y recibiendo una remuneración salarial como prestación, resulta indubitable la declaratoria de la relación laboral alegada por el demandante.

Siendo del caso precisar que aún el hecho de que se hubiere pactado que los pagos fueran realizados por viaje realizado, ello en modo alguno desvirtúa la existencia de la relación laboral, pues si lo que permitiría entrever es que se pactó un salario a destajo. Sin embargo, dado que fue el propio demandado *José Hernán Flores Morales* quien certificó que la remuneración del actor era de \$1.200.000 (Fl 5) y que en todo caso en el recurso de apelación la parte demandada no atacó de forma directa el salario declarado por el *a-quo*, la Sala tendrá como monto salarial el establecido en primera instancia.

De esta manera, aunque para la Sala el servicio se encontró acreditado respecto de los dos demandados y no solo frente a la demandada en calidad de mandataria, en primera se declaró que fungió como empleadora la señora *Luz Mery Zambrano* y en el recurso de alzada nada se indicó sobre el particular, pues únicamente se atacó la naturaleza del vínculo que ató a las partes, dejando incólume los demás puntos objeto de declaratoria y condena impartidos por la falladora de primera instancia, por lo cual la Corporación confirmará en su integridad la providencia apelada, pues se reitera, se acreditó la prestación personal del servicio sin que el contrato de prestación de servicios desvirtúe la subordinación, ni las restantes pruebas acrediten una situación contraria.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre del 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 16 2018 00032 01
Demandante: ALICIA RODRÍGUEZ LÓPEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Alida del Pilar Mateus Cifuenes* identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

De otra parte, se allega poder por *Porvenir S.A.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Daniela Palacio Varona* identificada con C.C No 1.019.132.452 y T.P No 24.981 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Alicia Rodríguez López*, instauró demanda en contra de *Porvenir S.A.*, *Old Mutual S.A.* y *Colpensiones*, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su caso por *Porvenir S.A.* al momento de la afiliación, al no haberle proporcionado una información completa y comprensible sobre los riesgos que debía asumir, así como de las ventajas de vincularse a *Porvenir S.A.*



Por consiguiente, se condene a *Porvenir S.A.* y a *Old Mutual S.A.*, última en la que se encuentra afiliado en la actualidad, a trasladar los aportes cotizados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, junto con sus rendimientos y gastos de administración, y a su vez ordenarle a *Colpensiones* recibir todas las contingencias a que haya lugar.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que nació el 18 de abril de 1958, afiliándose al antiguo Instituto de Seguros Sociales el 10 de julio de 1984, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Porvenir S.A* el 1º de enero de 2004.

Que en la empresa donde laboraba en su momento, se presentó un funcionario de *Porvenir S.A.* quien no le brindó la información necesaria para su traslado, pues únicamente se limitó a indicarle que era importante trasladarse a un fondo privado porque existían altas posibilidades que el Instituto de Seguros Sociales se liquidara, no le explicó los diferentes escenarios que había entre uno y otro régimen pensional, que a través del fondo privado se podría pensionar a cualquier edad y con una mesada superior a la que podría obtener el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y no le elaboró una proyección pensional de ambos regímenes.

Por último, adujo que no se le informó sobre el monto del capital que necesitaba para pensionarse en su cuenta individual, no se le informó lo atinente a los gastos de administración, entre varias circunstancias más.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, exponiendo que no hay razón a que se declare la nulidad que efectuara la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que la misma goza de plena validez y legalidad, ya que la señora *Alcira Rodríguez López* no probó alguna de las causales de nulidad en lo atinente a los vicios del consentimiento.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica.



Old Mutual S.A., manifestó que la afiliación realizada por la actora ante sus dependencias no se efectuó como traslado de régimen pensional, sino como traslado entre AFP del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que su afiliación no obedeció a una conducta arbitraria o caprichosa.

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

Porvenir S.A. por su parte manifestó que, la afiliación realizada por la demandante se realizó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, así como por las instrucciones impartidas por el ente de vigilancia y control, como lo es la Superintendencia Financiera, adicional a que dentro del plenario no se acredita prueba sumaria que induzca a lo deprecado por la actora.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante a través de la AFP *Porvenir S.A.*, por lo que condenó a *Old Mutual S.A.*, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a *Colpensiones*, incluyendo la totalidad de los frutos, intereses y rendimientos producidos, y en general todas las sumas que se hayan generado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con motivo de cotizaciones.

A su vez, condenó a *Colpensiones* recibir la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, y activar su historia laboral en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión manifestó que, atendiendo los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de la debida información al momento del traslado del afiliado, le corresponde acreditarla a la AFP *Porvenir S.A.*, aspecto que no fue probado dentro del presente asunto.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación indicando que a la actora se le brindó toda la información suficiente para que ella de manera libre y voluntaria suscribiera el formulario de afiliación, el que goza de las leyendas que giran en torno a la voluntad de afiliación y el régimen de transición, por lo que se puede colegir que se le suministró la información respectiva.

Colpensiones manifestó en el recurso de alzada, que teniendo en cuenta que el *a-quo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante, en el transcurso del trámite se pudo constatar que en efecto a la actora *Porvenir S.A.* le suministró la debida información sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial lo acorde a sus características, más aún si el formulario demuestra lo de su cargo.

Que en caso de que se confirme la condena, no se le debe imputar costas procesales toda vez que no puede como entidad y de manera unilateral aceptar un traslado de régimen cuando las personas que lo solicitan se encuentran dentro de una prohibición legal.

Por último, manifestó que también se le debe condenar a *Provenir S.A* a la devolución de rendimientos, frutos e intereses, así como la devolución de gastos en ambos fondos de pensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado,



quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios*



del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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



brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que tal como se desprende de la copia de la impresión del sistema SIAFP (Fls. 157), se aprecia que la demandante se trasladó de régimen pensional, documental que no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, motivo por el cual le asistió razón al a-quo al declarar la ineficacia del traslado.

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

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

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



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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Old Mutual S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado, ni los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, ello en atención a que es la administradora pensional donde en la actualidad se encuentra vinculada la actora según lo certifica el respectivo formulario de afiliación visible a folio 104; circunstancia por la cual, el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A.* se cae de peso.

Lo anterior se predica igualmente de *Porvenir S.A.*, quien a su vez, tal como lo sostiene *Colpensiones* en el recurso de alzada, deberá verificar la devolución de los gastos de administración y demás conceptos que haya devengado, sin que le sea factible descontar suma alguna de dinero, lo cual ha sido resuelto en similar manera en la sentencia SL2932-2020, Radicación No. 71679 del 12 de agosto de 2020, por lo que se adicionará la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

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

Finalmente, en cuanto a las costas procesales, conforme con el artículo 365 del CGP, estas proceden en contra de quien haya sido vencido en juicio, siendo en el presente caso también *Colpensiones*, por lo cual no es dable revocar tal condena.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2017 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a OLD MUTUAL S.A y a PORVENIR S.A, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo la totalidad de los frutos, intereses, rendimientos y en general toda suma que se haya recibido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con motivo de las cotizaciones de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 16 2018 00052 01
Demandante: SERGIO GRAZZIANI CRISTO
Demandado: SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL COLOMBIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral de Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1. DE LA DEMANDA:

El señor *Sergio Grazziani Cristo*, promovió demanda ordinaria en contra de *Sacyr Construcción S.A. Sucursal Colombia*, con la finalidad que se declare un contrato de trabajo con la encartada por duración de la obra o labor relacionada con el contrato suscrito entre la accionada y el Fondo de Adaptación.

Por consiguiente, se condene al pago de prima de servicios, compensación de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, \$90.0000.000 derivados de la ejecución de la obra que suscribiera la demandada con el Fondo de Adaptación mediante el contrato No. 285 de 2013, primas de éxito pactadas en el contrato de prestación de servicios, la suma del 1% sobre el valor de la reclamación inicial que el Fondo de Adaptación reconozca o haya reconocido a la demandada, daños y perjuicios con ocasión al incumplimiento de pago de salarios, sanción por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el día 1 de julio de 2014 suscribió contrato de prestación de servicios en calidad de contratista con la demandada, cuyo objeto consistía en acompañar y asesorar a la encartada en todos los aspectos legales para el normal funcionamiento del contrato No. 283 de 2013 que esta suscribió con el Fondo de Adaptación, denominado Proyecto Puentes Vehiculares.



Que en virtud de lo anterior, como honorarios debía recibir la suma de \$3.000.000 desde el 1º de julio de 2014, más una prima de éxito del 1% de la reclamación inicial que reconozca el Fondo de Adaptación a la pasiva. Adujo que las obligaciones que se suscribieron en el contrato de prestación de servicios no han culminado, sino que por el contrario su vigencia está supeditada a la terminación del contrato No. 283 de 2013.

Que desde el mes de agosto de 2015 se han elaborado las cuentas de cobro sin que la demandada haya realizado pago alguno, de ahí que se entienda el incumplimiento de las condiciones contractuales, y el 15 de diciembre de la misma anualidad se le comunicó el finiquito del contrato sin tener en cuenta que el contrato No. 285 de 2013 está vigente.

Por último, indicó que siempre existieron órdenes de sus superiores como lo eran de manera personal, llamadas a celular, correos electrónicos, las cuales deben entenderse como una constante subordinación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios en el que el actor prestaba una actividad de asesoría legal por cuanto era abogado, vinculación respecto de la cual el señor *Sergio Grazziani Cristo* nunca encontró oposición.

Además resaltó que, si bien existió un contrato de servicios con el Fondo de Adaptación, en nada afecta el contrato de prestación de servicios que se suscribió con el demandante, máxime que no se constituyeron los elementos del contrato de trabajo.

Formuló las excepciones de buena fe, mala fe por parte del demandante, cobro de lo no debido por ausencia de causa, prescripción, compensación, inexistencia del contrato de trabajo, y la denominada inexistencia de la obligación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación laboral.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó en primer lugar que conforme a las reglas legales y jurisprudenciales, el demandante logró demostrar la prestación personal del



servicio que efectuó para con la demandada a través de la suscripción del contrato de prestación de servicios del 1º de julio de 2014, en virtud del cual el actor en calidad de contratista se obligaba acompañar y asesorar como abogado a la encartada de todos los aspectos legales para el normal funcionamiento del contrato No. 283 de 2013 que suscribiera la última con el Fondo de Adaptación.

Sin embargo, la pasiva logró desvirtuar el elemento subordinante en tanto, vista la profesión de abogado que envuelve al actor, era evidente el conocimiento respecto de las características que ató a las partes con el contrato de prestación de servicios, tanto así, que le presentaba cuentas de cobro a la encartada y una vez culminado dicho contrato que lo fue en el año 2015, realizó unos requerimientos para pago de honorarios profesionales.

Al unísono arguyó que, de las demás probanzas arrimadas al plenario, en ningún momento se advirtió que el demandante estuviese atado a algún tipo de subordinación, sino que la actividad ejercida basada en brindarle asesoría no puede entenderse como un contrato de trabajo, aunado a que debe tenerse en cuenta que, dentro del contrato de prestación de servicios, el actor tenía empleados a efectos de cumplir el objeto contractual.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Adujo que si bien es cierto al momento de la suscripción del contrato de prestación de servicios tenía conocimiento de tal circunstancia en razón de la profesión de abogado que ostenta, la demandada no dio cumplimiento a lo estipulado en el referido contrato, de ahí que nazca la figura del *ius variandi* de la cual la Corte Constitucional ha reiterado en diferentes jurisprudencias.

Por tal motivo, el hecho de ser profesional del derecho no implica que se tengan que desconocer los derechos laborales que le fueron vulnerados por la encartada, adicional que el *a-quo* no valoró las declaraciones de los testigos con respecto a las condiciones en que se desarrolló el contrato de trabajo, pues que ni siquiera se le suministró un espacio digno para desempeña sus labores.

Que en lo que corresponde a los correos electrónicos, no resulta justificable que se le hubiesen hecho consultas en horas de la noche, así como en días feriados y sábados, aspectos que decantan la falta de respeto del horario de trabajo.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema jurídico:

Atendiendo los planteamientos del recurso de alzada, como problema jurídico principal, habrá de determinarse si entre las partes existió un contrato de trabajo en atención al principio de la realidad sobre las formalidades.

De prosperar el anterior problema jurídico, la Sala habrá de adentrarse al estudio de las pretensiones de carácter condenatorio.

c. Del caso en concreto:

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

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

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

Puestas así las cosas, de entrada advierte la Colegiatura que en efecto el aquí demandante logró acreditar la prestación personal del deservicio, prueba de ello lo es el contrato de prestación de servicios No. 12 de 2014 que suscribieran las partes el día 1º de julio de 2014 (Fls 26 a 36), vínculo que tuvo fin el 1º de agosto del año 2015 como se aprecia del documento emitido por la encartada el día 15 de diciembre de 2015,



donde se le puso de presente al demandante que sus servicios de asesoría legal no se requerían más por cuanto la compañía había asumido dicho asesoramiento de manera interna (Fl 49).

El objeto contractual del contrato de prestación de servicios en comento quedó consignado en la cláusula primera, consistente en que el actor como contratista se obligaba acompañar a la demandada en lo concerniente a todos los aspectos legales para lograr el normal funcionamiento del contrato No. 283 de 2013, que suscribiera esta con el Fondo de Adaptación para el proyecto *“puentes vehiculares para atender puntos críticos de la carretera Málaga – Los Curos, en el Departamento de Santander: 1) Puente Vehicular La Judia (Abcisa K79+630 Y K79+758); 2) Puente Vehicular Sitio Crítico 43 (Abcisa K29+270 y K30+090), y 3) Puente Vehicular Hisgaura (Abcisa K45+630 y K47+110)”*.

En virtud de lo anterior, yace el contrato No. 285 de 2013 que celebrara la aquí demandada en calidad de contratista y el Fondo de Adaptación el 27 de diciembre de 2013, para la construcción de puentes vehiculares (Fls 43 a 47).

Ahora, en lo que concierne al elemento subordinante, la Sala se adentra a su análisis, para lo cual se advierte que dentro del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte de la representante legal de la pasiva, quien manifestó que el actor a mediados del año 2014 fue contratado mediante prestación de servicios con la finalidad de atender temas legales en el proyecto de Málaga, proyecto que surgió con ocasión de un contrato que le fue adjudicado a la demandada por el Fondo de Adaptación.

Mencionó, que el actor en virtud de la prestación de sus servicios como abogado, no cumplía horario y su actividad siempre la desarrollaba desde su propia oficina, incluso la empresa ni siquiera le asignó correo electrónico ni celular, así como que aparte del demandante en su entonces no existía otro abogado en la compañía. Que las funciones asignadas al demandante se hacían a través de correo electrónico, y se enviaban por intermedio del Jefe del Proyecto.

El testigo *Jorge Alejandro Sarmiento Moreno*, quien es el Jefe de Relaciones Laborales de la empresa desde el 4 de julio de 2017, adujo que según reposa en los reportes de la compañía, se pudo evidenciar que el demandante tuvo un contrato de prestación de servicios como Aseso Jurídico independiente para el proyecto Puente Málaga en el Departamento de Santander, el cual consistía en gestionar asesoría jurídica para temas contractuales y las licitaciones, vínculo que fue desarrollado entre los años 2014 y 2015.

Que los soportes que se le daban al actor a efectos de cumplir sus actividades se hacían vía correo electrónico, remitiendo la información correspondiente a efectos que la



revisara o corrigiera, sin que tuviera que asistir a las instalaciones de la empresa ni que tuviese allí un puesto de trabajo.

Relató que los correos electrónicos que generalmente se le enviaban al demandante los hacía el señor *Alberto Ruíz*, quien era el Director de Producción dentro del proyecto, y que se encaminaban a solicitudes de revisión de documentos u oficios a entidades públicas.

Por último, enfatizó que antes de ejecutarse la obra del proyecto Málaga, no estaban equiparadas las instalaciones de la compañía, pues antes de la ejecución se ejecutaba una fase de estudio, que fue el momento en el que el actor prestó los servicios de abogado.

Por su parte, el testigo *Ángel Gregorio Ojeda*, relató que trabajó al servicio de la demandada como conductor y mensajero desde el 21 de enero de 2013 hasta el 17 de febrero de 2017, por lo que conoció al demandante como el abogado de la compañía y era el que asesoraba los proyectos.

Adujo que todos los días veía al demandante en la oficina de su jefe el ingeniero José Miguel Novillo, y también lo veía con el ingeniero Vico Gómez que era el Director Administrativo.

Aseveró el testigo que, por su actividad de conductor y mensajero, ingresaba a la 7:00 a.m., de ahí que tuviese que estar en constante ingreso y salida de las instalaciones de la encartada, y que le parecía que quien le imponía las órdenes al actor era el director. Refiere no conocer el horario del demandante, salario ni el tipo de contratación, aseverando que no tenía un puesto de trabajo en las instalaciones.

Del interrogatorio de parte y los testimonios recaudados, puede colegir esta Colegiatura que no se advirtió ningún elemento subordinante que conlleve a declarar la existencia de una verdadera relación laboral.

Al respecto, nótese que tanto del interrogatorio de parte surtido por la representante legal de la pasiva, como la declaración del Jefe de Relaciones Laborales de la encartada señor *Jorge Alejandro Sarmiento Moreno*, ambos fueron contestes en precisar que el actor no se encontraba atado a cumplimiento de horario alguno, ya que sus actividades de prestar asesoría legal por ser abogado se hacían previa información que se le emitiera a través de correos electrónicos que generalmente le enviaba el ingeniero señor *Alberto Ruíz*, quien era el Director de Producción dentro del proyecto que había celebrado la demandada con el Fondo de Adaptación en el contrato de prestación de



servicios No. 285 del 27 de diciembre de 2013; tanto así, que al demandante siquiera se le adecuó un sitio de actividades dentro de la empresa.

De lo anterior, no se denota ninguna confesión de la representante legal de la demandada, como tampoco un hecho sobreviniente por parte del testigo señor *Jorge Alejandro Sarmiento Moreno* que corrobore una subordinación, por el contrario, fueron congruentes en indicar que la asesoría legal que brindaba el demandante como consecuencia del contrato de prestación de servicios se daba con instrucciones vía correo electrónico, de ahí que se pueda entender que no existió descontextualización de la esencia del contrato de servicios, que como se expuso en precedencia, era la asesoría legal derivada del contrato N. 285 del 27 de diciembre de 2013 que suscribiera la encartada con el Fondo de Adaptación.

Ahora bien, con relación a la declaración del señor *Ángel Gregorio Ojeda Álvarez*, quien fue el conductor y mensajero de *Sacyr Construcción S.A. Sucursal Colombia* desde el 21 de enero de 2013 hasta el 17 de febrero de 2017, sus dichos en nada corroboran el contrato de trabajo pretendido por el demandante, toda vez que además de decir que en ocasiones veía al actor en las instalaciones de la pasiva, no sabía cuál era la forma en que el actor desempeñaba el contrato, cuál era su horario ni las funciones precisas que desempeñaba; circunstancia por la cual, no se le puede asignar credibilidad para el elemento subordinante que aquí se analiza ya que no tenía conocimiento directo del contrato alegado.

Otro tópico a resaltar, es que de los correos electrónicos aportados por el demandante (Fl. 53 a 61), lo único que demuestran es que existían requerimientos referentes al desempeño legal que debía ejecutar el actor como abogado, actividades propias del contrato de prestación de servicios que no pueden ser entendidas como subordinación, como quiera que al ser abogado, tal aspecto se considera óbice para desempeñar a cabal cumplimiento el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito por las partes, que se itera, era el asesoramiento legal.

En lo que concierne a las cuentas de cobro que aportó la pasiva como pruebas documentales (Fls 139 a 151), en nada inciden más allá de pagos de honorarios como consecuencia del contrato de servicios, documentales que se acompasan con el acuerdo de transacción aportado por el actor (Fls 50 a 51), en el que decidieron culminar el vínculo de manera anticipada, y en su cláusula segunda, se consignó que con los pagos realizados al señor *Sergio Grazziani Cristo* hasta el 30 de junio de 2014, renunciaba a cualquier reclamo, derecho o acción de cualquier naturaleza actual o futura.

Por último, se deja de presente que en lo que respecta al *ius variandi* alegado por el actor en el recurso de alzada, en este especialísimo asunto no se dieron los



presupuestos para la configuración de un verdadero contrato de trabajo, por ende no puede considerarse unos cambios en la modalidad contractual. Por todo lo anterior, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:


PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 30 2018 00099 01
Demandante: MARÍA DEL PILAR PACHÓN PIRAQUIVE
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Alida del Pilar Mateus Cifuentes* identificada con C.C No 7.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP *Porvenir S.A*, en contra de la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María del Pilar Pachón Piraquive*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare que su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se hizo al haber transcurrido tan solo diez meses desde que se realizó la selección inicial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que va en contravía de la limitación establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, se ordene a *Colpensiones* activar y validar la afiliación, y a su vez se le ordene a *Porvenir S.A* trasladar la totalidad de aportes, junto con los rendimientos que existan en su cuenta individual.

Como pretensión subsidiaria, solicita la ineficacia del traslado por cuanto *Porvenir S.A.* no le suministró una debida información al momento del traslado, de ahí que la AFP traslade a *Colpensiones* todos los valores que se encuentren en su cuenta individual tales



como aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y los rendimientos, para que *Colpensiones* los reciba previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes pensionales efectuados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 6 de septiembre de 1963, vinculándose con la Rama Judicial desde el 16 de junio de 1994 a través de Cajanal, y con la entrada en vigencia del sistema de seguridad social en pensiones se afilió al Instituto de Seguros Sociales, desde el 27 de julio de 1994.

Que después de transcurridos diez meses de haber realizado la selección inicial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Porvenir S.A.* mediante formulario de afiliación adiado el 17 de abril de 1995, el cual fue aprobado el 1º de mayo de la misma anualidad, por lo que es evidente que la AFP aprobó la afiliación fuera del término legal.

Seguidamente, indicó que la afiliación ante *Porvenir S.A.* se realizó sin contar con la asesoría especial y profesional que se requería para la toma de una decisión libre, informada y consiente conforme a su particular situación.

Que en la actualidad cuenta con 1.213 semanas de cotización; que los asesores de *Porvenir S.A.* en su momento, le indicaron que trasladándose tendría en dinero una pensión más beneficiosa respecto de la que pudiera ser reconocida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que se podría pensionar a cualquier edad con el monto que quisiera, sin explicarle las condiciones para que eso fuese posible.

Que se presentaron otros factores de una indebida información, tales como que el ISS se iba a liquidar, le precisaron las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero nunca sus desventajas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones expuso en su contestación que en la fecha del traslado que efectuó la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez, y la información de haber efectuado el traslado con violación del límite temporal establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, deberá ser demostrado durante el transcurso del trámite procesal, sin que la afiliación se encuentre viciada de algún vicio del consentimiento.



Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, y la denominada inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, *Porvenir S.A.* dijo que el negocio jurídico de la actora fue un traslado entre administradoras, el cual está precedido de todas las formalidades legales para que tenga plena validez, aunado que dentro del plenario no existe prueba sumaria que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Además, que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera, aunado a que en el proceso no se encuentra acreditada prueba que advierta las falencias aducidas por la demandante.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su caso por *Porvenir S.A.*, que se efectuara el 1º de mayo de 1995, por lo que ordenó a esta última devolver a *Colpensiones* todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

También le ordenó a *Colpensiones* ingresar los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualizando la información en su historia laboral, con el fin de garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que la afiliación de la demandante fue ineficaz, ya que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su entonces por Cajanal el 17 de abril de 1995 y luego por el antiguo ISS, y al haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 17 de abril de 1995, no transcurrieron tres años de conformidad con lo establecido en el Decreto 692 de 1994,



aunado a que debió permitirse que permaneciera dentro de las administradoras de pensiones por lo menos seis meses, aspectos que no se llevaron a cabo, de ahí que el consentimiento de la demandante se hubiese visto afectado ya que no se le respetó el tiempo mínimo de permanencia en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De otra parte resaltó que en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales de la carga de la prueba, la demandada debía demostrar un deber de información para el momento del cambio de régimen pensional, situación que no se demostró por *Porvenir S.A.*

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que dentro del presente asunto no existe alguna ilegalidad en la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la permanencia mínima, teniendo en cuenta que la ley permitía que se trasladara sin ningún inconveniente.

Que la inversión de la carga de la prueba como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se aplica para aquellas personas que tienen un derecho adquirido o que sean beneficiarias del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, escenario que no ocurre en este asunto, por lo que se puede concluir que a la demandante se le dio una información clara, eficiente y oportuna.

Que se debe reformular el monto de las agencias en derecho interpuestas en primera instancia, toda vez que lo que aquí se discute son pretensiones que no contienen cuantía, en el entendido que lo que se busca son declaratorias de modo, tiempo y lugar, así como que el proceso fue evacuado en una sola diligencia.

Por último, refirió que no es procedente la devolución de los gastos de administración, ya que de hacerlo se estarían desconociendo las gestiones que se han venido desarrollando, por lo que se vulnera los frutos de lo trabajado y demás emolumentos que se hayan adquirido con la cuenta individual de la actora.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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



b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que el reproche principal del actor se da con el argumento de que su afiliación es ineficaz en tanto el traslado que se produjo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no cumplió con las exigencias de limitación establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Para lo pertinente, es menester recordar que lo alegado por el extremo demandante surge de antaño con lo regulado en el Decreto 692 de 1994, en sus artículos 11 - inciso final, 15 - inciso 1, y 17, que a la letra rezan:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.

“(…)

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”

“Artículo 15. Traslado de régimen pensional. *Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior”.*

“Artículo 17. Múltiples vinculaciones. *Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*

Bajo este escenario, puede colegirse que las personas vinculadas al antiguo ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar a dicha entidad, pero para aquellas personas que seleccionaran el régimen pensional después del 1º de abril de 1994, esto es, a partir de



la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existía la prohibición legal de trasladarse durante un interregno de tres años.

En reciente jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL214-2020, Radicación No. 73134 del 5 de febrero de 2020 efectuó un análisis lo anteriormente argüido donde asentó:

“De las disposiciones transcritas se colige que la múltiple vinculación se produce, entre otros eventos, cuando el afiliado a uno de los regímenes del sistema de seguridad social en pensiones, se traslada entre estos por fuera del plazo legal previsto en el ordenamiento jurídico para tal fin, de allí que es oportuno tener en cuenta que: i) para los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar automáticamente en dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo y; ii) para las personas que seleccionen el régimen pensional, después del 1º de abril de 1994, solo es posible el traslado luego de transcurridos tres años, término modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para prever un plazo superior de cinco años.

“Ahora bien, al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en caso de que el afiliado cambie de régimen pensional antes de los términos legales previstos, será válida, exclusivamente, la última vinculación que cumplió con el tiempo mínimo de permanencia. Así se señaló en la sentencia CSJ SL4777-2019, en la que se recordó que:

[...]

“Sobre el tema propuesto en el único cargo, desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.”

Así las cosas, de las pruebas obrantes dentro del plenario, de su cédula de ciudadanía se aprecia que la demandante nació el 6 de septiembre de 1963 (Fl. 8), empezando a realizar cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a partir del 16 de junio de 1994, vinculándose al antiguo ISS el 27 de junio de 1994, prueba de ello lo es la certificación emanada por el área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá – Cundinamarca – Rama Judicial, junto con el reporte de semanas emitido por *Colpensiones* el 17 de julio de 2017 (Fls. 9 y 29).

Con posteridad, se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la *AFP Porvenir S.A* el 17 de abril de 1995, la cual se hizo efectiva el 1 de mayo de 1995, conforme se confronta con el diligenciamiento del formulario de afiliación que suscribiera con dicha AFP y el reporte del sistema SIAFP emitido por Asofondos (Fls. 234 y 238).



Así las cosas, puede colegirse que como lo consideró el *a-quo*, la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz, como quiera que se hizo por fuera de las prerrogativas dispuestas en el Decreto 692 de 1994, pues al haber realizado cotizaciones a partir del 16 de junio de 1994, debió haberse respetado la permanencia de los tres años en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cobrara validez, aspecto que no demuestra situación en contrario de conformidad con el análisis realizado.

Por lo anterior, puede concluirse que en ningún momento le ha asistido derecho a *Porvenir S.A.* para mantener a la actora como afiliada, por cuanto no se respetaron los términos de temporalidad dispuestos en la Ley, por lo que se entiende que la actora no debió ser trasladada, ni mucho menos que ambas encartadas hubiesen permitido lo de su cargo.

Ahora bien, si en gracia de discusión no fuera de resorte lo manifestado y en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de *Colpensiones*, frente a la ineficacia de traslado debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida



información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, como ya se mencionó, en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la actora en *Porvenir S.A.* del 17 de abril de 1995, afiliación que se hizo efectiva a partir del 1 de mayo de 1995 (Fls. 234 y 238), en el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por la representante legal de la *AFP Porvenir S.A.*, ya que esta última precisó que en su momento a la actor no se le realizó ningún tipo de proyección, máxime si se tiene en cuenta que solo reposa el formulario de afiliación, y que ni siquiera se respetaron los extremos de temporalidad dispuesto en el Decreto 692 de 1994.

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

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

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

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

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

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

Igualmente, como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su*



carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por último, con ocasión a la inconformidad de las agencias en derecho estimadas por el fallador de instancia, no es esta la oportunidad de pronunciamiento al respecto, como quiera que de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P., existe una etapa procesal para refutarlas, por lo que no es de resorte el argumento para que esta Colegiatura se adentre a su análisis.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se confirmará la decisión de primer grado.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

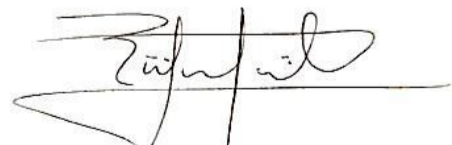
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 02 2018 00186 01
Demandante: LUIS HERNÁNDEZ MUÑOZ MUÑOZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., octubre treinta (30) de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Hernández Muñoz Muñoz*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo que tuvo inicio el 6 de julio de 1998 y que a la presentación de la aduce se encuentra vigente, dentro de la cual la pasiva no ha reconocido ningún rubro de carácter laboral.

Por consiguiente, pretende se condene a la encartada al pago del incremento legal y convencional año tras año, reliquidación de salarios legales y convencionales como trabajador oficial en el cargo de celador y posteriormente de mensajero, cesantías con los salarios regulados en el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo, intereses



a las cesantías, indemnización moratoria por la no consignación de cesantías, subsidio de alimentación junto con los incrementos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo, auxilio de transporte junto con los incrementos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo, quinquenio consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo, prima de antigüedad en porcentajes del 4%, 6% y 8%, respectivamente, prima de servicios en la cantidad de días reseñados en la Convención Colectiva de Trabajo, prima de vacaciones señalada en la Convención Colectiva de Trabajo, prima de navidad en los términos de la Convención Colectiva de Trabajo, devolución de los descuentos ilegales por retención en la fuente, devolución por descuentos ilegales por aportes a riesgos laborales y pensión, así como que se le ordene a la pasiva realizar los trámites administrativos tendientes a suscribir contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que viene laborando al servicio de la demandada sin solución de continuidad desde el 6 de junio de 1998, cumpliendo funciones de celador y mensajero motorizado, labores que siempre han quedado consignadas en los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos, los cuales no obstante se han ejecutado de manera subordinada, cumpliendo los horarios y las órdenes de sus superiores.

Que los turnos que se le asignan para desempeñar sus labores han sido de lunes a domingo, de ahí que haya realizado trabajo suplementario los días domingos y festivos, sin que la encartada hubiere pagado lo de su cargo; que desde el año 2016, ha venido desempeñando sus servicios en el Hospital El Tunal, en donde la encartada le suministró los implementos necesarios para desempeñar sus labores, las cuales se relacionan con el objeto social de la pasiva, realizado sus aportes como independiente, pese a lo cual se le descuenta este aporte junto con la retención en la fuente.



Precisó que el cargo de celador desde 1995 ha estado contemplado en la Convención Colectiva de Trabajo de los años 1995-2016, cargo que se encuentra catalogado como una labor permanente de trabajador oficial denominado Celador y Mensajero.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el actor suscribió diferentes contratos de prestación de servicios que no fueron constantes y que tuvieron varias interrupciones en su ejecución, regidos a la luz de la Ley 80 de 1993, por lo que nunca fue trabajador oficial y por consiguiente no es merecedor de las acreencias laborales solicitadas.

Formuló las excepciones de pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, buena fe, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, compensación, oposición, inexistencia de perjuicios, cosa juzgada y la denominada innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha decisión, en primer lugar, efectuó un análisis de las Empresas Sociales del Estado, enfatizando que son trabajadores oficiales aquellas personas que se ocupen en tareas de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, es decir, aquellos que intervengan en el mejoramiento, conservación y restauración de la planta física, y en actividades relacionadas con el aseo y vigilancia de los entes, actividades respecto de las cuales la especialidad laboral es la competente.



Por ello, con relación a la naturaleza del vínculo concluyó que del conjunto de pruebas, el demandante desempeñó al servicio de la demandada la actividad de celador por el periodo comprendido entre el 6 de julio de 1998 y el 16 de octubre de 2006, de celador y mensajero desde el 17 de octubre de 2006 hasta el 17 de enero de 2007, y en el cargo de mensajero entre el 18 de enero de 2007 hasta la presentación de la demanda.

En tal sentido, no analizó la existencia del contrato de trabajo en las actividades que desempeñó como mensajero, debido a que el mismo no es catalogado como trabajador oficial sino como empleado público, por lo que la jurisdicción competente para su conocimiento es la de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto a la actividad realizada como celador entre el 6 de julio de 1998 y el 17 de enero de 2007, decidió la existencia del contrato de trabajo por constituirse los elementos que lo rigen al tenor de lo contemplado en el Decreto 2127 de 1945.

Seguidamente, declaró probada la excepción de prescripción frente a todas las acreencias laborales, en razón a que la relación laboral culminó el 17 de enero de enero de 2007, presentándose la reclamación administrativa ante la demandada el 5 de diciembre de 2017, actuar que sucedió por fuera del término trienal regulado en la normativa laboral.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión. Manifestó no encontrar reproche en lo atinente a la actividad desempeñada como mensajero, ni los extremos en que desempeñó la actividad.

Frente a la declaratoria del contrato de trabajo declarado como trabajador oficial, encontró inconformidad en aplicarse la prescripción frente a los derechos labores, bajo el entendido que si bien la reclamación se efectuó después a los tres años del finiquito,



también lo es que seguía vinculado con la encartada a pesar que la actividad laboral haya mutado al cargo de mensajero, asentando que no ha existido solución de continuidad, y que incluso las cesantías se pueden reclamar hasta la fecha de la culminación de contrato de trabajo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, se auscultará si es procedente el reconocimiento y pago de las pretensiones condenatorias solicitadas por el demandante con ocasión del contrato de trabajo como trabajador oficial declarado por la *a-quo*, esto es, por el periodo comprendido entre el 6 de julio de 1998 y el 17 de enero de 2007 en el cargo de celador, atendiendo la excepción de prescripción que se declaró probada.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el problema jurídico, es menester acotar que las Empresas Sociales del Estado fueron implementadas por la Ley 100 de 1993 como parte integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que a través de ellas la Nación y las entidades territoriales presten directamente los servicios que correspondan a su naturaleza.



A su vez, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en cuanto a la organización y prestación de los servicios de salud, señaló la clasificación de los empleos en la estructura administrativa de la Nación, de sus entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, determinando que serían de libre nombramiento y remoción o de carrera y en el parágrafo se indicó que: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”*.

Sin embargo, la entidad demandada tiene la facultad de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especial, de conformidad con la Ley 80 de 1993 artículo 32, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997. Esta última normativa previó en su parágrafo:

“PARAGRAFO 1o. A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.”

Sin embargo, en punto de la naturaleza jurídica de la pasiva, debe memorarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria, por vía de excepción, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

También ha precisado que sólo es posible catalogar a un servidor público de una Empresa Social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con el mantenimiento de la planta



física hospitalaria y servicios generales, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la regla general.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia, más exactamente en la sentencia SL1125-2020, Radicación No. 71175 del 20 de abril de 2020, rememora lo dispuesto en incisos anteriores de estas consideraciones e indicó:

“Además, teniendo en cuenta los conceptos fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales», en sentencia CSJ SL18413 -2017, reiterada en CSJ SL1334 -2018, la Corte expresó:

“Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. n.º 22324, explicó lo siguiente:

«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

“Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. n.º 36668, respecto al mismo tema señaló:

“El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa. (Las subrayas no son del texto)



“En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

“No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

“Las anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.º 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

“Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

“Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Servicios generales.

“Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras”.

Por tanto, al haber desempeñado el actor, labores de servicios generales, más precisamente de celador, como así lo sostuvo incluso en el interrogatorio de parte que se le practicó, junto con los contratos de trabajo visibles a folio 39 a 62, en concordancia con la certificación emanada por la encartada vista a folios 208 a 219, se encuadró en actividades de servicios generales, por lo que ha de confirmarse que su condición era la



de un trabajador oficial por los periodos declarados, que se itera, no fueron refutados por la parte demandante.

Se debe acotar que por activa no se formuló reparo alguno en la alzada frente a la conclusión de la *a-quo* que el cargo de mensajero no se encuadra como de trabajador oficial, por lo cual en virtud de la órbita de competencia que demarcó el recurso de apelación, la Sala procederá a estudiar la excepción de prescripción, que fue óbice para la negativa de la concesión de los derechos laborales del demandante.

De la excepción de prescripción:

Como ya se mencionó, la falladora de instancia declaró probada la excepción de prescripción, la cual en inicio se formuló como previa y se decidió que fuese resuelta de fondo, de las acreencias laborales derivadas de la declaratoria del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 6 de julio de 1998 y el 17 de enero de 2007, en atención a que la reclamación administrativa la elevara con más de tres años al finiquito, lo que se sale de la órbita de los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo reglado en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

De entrada, advierte la Sala que la prescripción determinada en primera instancia se encuentra ajustada a derecho.

Lo anterior, por cuanto el extremo apelante pretende que, si bien el contrato de trabajo culminó en el año 2007, lo cierto es que por lo menos a la fecha de presentación de la demanda seguía desempeñando actividades de mensajería al servicio de la pasiva, de ahí que el contrato se deba entender sin solución de continuidad y sin prescripción de las acreencias laborales.

No obstante no es factible acoger dicho argumento, como quiera que al haberse finalizado el contrato de trabajo en el cargo de celador el día 17 de enero de 2007, fue



en esta calenda en que se rompió el vínculo como trabajador oficial, por lo que no puede pretender el accionante, que por encontrarse prestando servicios a la encartada como mensajero, sea óbice para que en su momento no hubiese iniciado las acciones tendientes a la exigibilidad de sus derechos laborales, y que atendiendo la regla de prescripción regida en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la S.S., tenía como plazo máximo para interrumpir la prescripción el 17 de enero de 2010, talante que no fue llevado a cabo sino hasta el 5 de mayo de 2017 (Fls. 258 a 268), presentándose la demanda el 22 de marzo de 2018 (Fl. 278); circunstancia por la cual, la excepción de prescripción debió declararse como probada.

A pesar de lo anterior, lo que no debió declararse como prescrito fue la devolución de los aportes pensionales, pues se precisa que el artículo 48 de la Carta Política, resguarda como irrenunciable el derecho a la Seguridad Social.

Bajo este tópico, debe tenerse en cuenta que al revestirse de irrenunciable, debe ser de entera satisfacción, y para su adquisición, es necesario que cumpla con un mínimo de requisitos, siendo uno de ellos el de los aportes al sistema, de ahí que se entienda la necesidad de validar dichos aportes en cualquier tiempo.

Por esto, resulta inoperante que los aportes pensionales se encuentren cubiertos de la figura de prescripción, como quiera que son la accesibilidad del derecho que constitucionalmente se cobija, así lo ha asentado la Sala Laboral en distintas decisiones tales como la SL8544-2016, Radicación No. 45050 del 15 de junio de 2016, SL1087-2020, Radicación No. 72565 del 20 de abril de 2020, SL1128-2020, Radicación No. 72899 del 20 de abril de 2020, SL1313 de 2020, Radicación No. 77643 del 31 de marzo de 2020, entre otras.

Ahora bien, al actor adujo haber solucionado de su patrimonio la totalidad de los aportes al sistema General de Seguridad Social en Pensiones, deprecando su reintegro; sobre el particular expuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,



en sentencia SL2761-2020, Radicación No. 79620 del 29 de julio de 2020, en un caso análogo:

“vi) Aportes al sistema de seguridad social por concepto de pensión

“La Corte respalda la decisión del a quo de ordenar la devolución al accionante de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, en el porcentaje que le correspondía al ISS, durante la vigencia de la relación laboral, toda vez que en un vínculo de trabajo subordinado corresponde asumirlos al empleador y al trabajador; en el proceso obra constancia de que fueron sufragados por el actor (fls. 20 a 22).”

No obstante, en el presente proceso si bien el actor aseveró haber solucionado los aportes, siéndole incluso descontado el valor por la accionada, lo cierto es que no aportó medio probatorio que acreditara dicho supuesto fáctico, motivo que impele a confirmar la absolución de esta pretensión, pero por la razón esgrimida.

Como corolario de lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

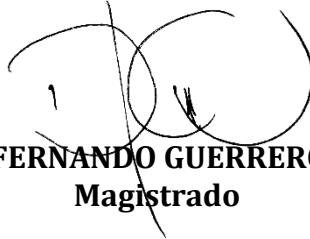
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

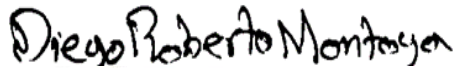


SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

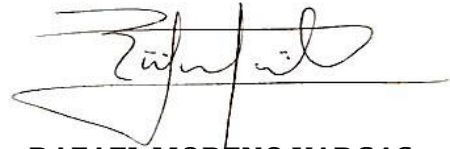
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 33 2018 00218 01
Demandante: MARCELA LÓPEZ GÓMEZ
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad al profesional del derecho, *Ivan Darío Blanco Rojas* identificada con C.C No 80.221.256 y T.P No 205.113 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Protección S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Marcela López Gómez*, formuló demanda en contra de *Colpensiones*, *Protección S.A.* y *Old Mutual S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través la AFP *Colmena*, hoy *Protección S.A.*, y con posterioridad a la AFP *Skandia*, hoy *Old Mutual SA.*, en razón a la indebida y nula información que le fue suministrada en los fondos privados.

Por consiguiente, se ordene a *Protección S.A.* trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a *Colpensiones* recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 4 de julio de 1965, afiliándose al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del antiguo Instituto de Seguros Sociales, el 6 de marzo de 1987; que el 1º de febrero de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP *Skandia*, hoy *Protección S.A.*

Que dicha afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP, de ahí que no exista un consentimiento libre y voluntario, como quiera que existió engaño y por ende vicios en el consentimiento.

Asimismo, manifestó que era obligación de los fondos privados informar sobre el año de gracia que concedió el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, así como la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren más de diez años y demás ventajas y desventajas entre uno y otro régimen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 para poder efectuar el traslado de régimen pensional, al contar con 52 años de edad al momento de solicitar el cambio de régimen.

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

Old Mutual S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación de la actora ante sus dependencias no obedeció a un cambio de régimen pensional, sino a un traslado de AFP dentro del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que no se generó cambio en cuanto a la naturaleza jurídica y la normativa que se debe cumplir para el reconocimiento de prestaciones económicas.

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Protección S.A manifestó que en su momento la AFP *Colmena* le brindó a la demandante una información objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con el fin de



que la misma tomara una decisión libre, voluntaria e informada, sin que mediara ningún engaño u ofrecimiento falso, ni vicio del consentimiento alguno, de manera que se le puso de presente las características de cada régimen, prestaciones, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, e incluso, el monto de su mesada pensional en forma comparada conforme a su condición particular.

Formuló las excepciones de validez de la información a *Colmena* y *Protección S.A*, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de febrero de 1995 a través de *Protección S.A*, por lo que la condenó a remitir a *Colpensiones* el valor de todos los dineros existentes en su cuenta individual tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales sobre la carga de la prueba que le asiste a las AFP de demostrar una debida información en la asesoría al momento del traslado, las encartadas no la lograron probar durante en el debate probatorio, en el sentido de haber suministrado una información veraz, completa, profunda y oportuna sobre las implicaciones entre uno y otro régimen pensional, junto con los demás presupuestos que atañe ambas modalidades.

Que si bien la actora pretendió como pretensión principal la nulidad del traslado, lo cierto es que conforme a los postulados abordados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo procedente es la declaratoria de la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló. Adujo que a la accionante no le asiste el derecho al traslado de régimen pensional, toda vez que no cuenta con una expectativa legítima como lo es ser beneficiaria del régimen de transición o que se le hubiese causado un daño o perjuicio a los derechos pensionales, de ahí que no se pueda invertir la carga de la prueba respecto del deber de información, por lo que se debe adentrar a auscultar si lo que reposa en el acervo probatorio puede llegar a probar algún vicio en el consentimiento.



Protección S.A. argumentó en el recurso de alzada que, el negocio jurídico fue completamente válido, aunado a que la actora se lucró con los rendimientos que pudo haber obtenido, encontrando igualmente reproche frente a los gastos de administración, ya que en el tiempo que estuvo afiliada al fondo de pensiones obligatorias, sus dineros fueron administrados de la mejor manera, cuenta de ello es la obtención de rendimientos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y*



oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 24 de enero de 1995 a la antigua AFP *Colmena*, hoy en día *Protección S.A.*, que tuvo fecha de efectividad a partir del 1º de septiembre de 1997 según se desprende de la certificación del sistema *SIAFP* de *Asofondos* (Fls. 196 y 197), documental que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información



oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información respectiva, ni se aportó prueba alguna que dé cuenta del cumplimiento de tal deber por la AFP, motivo por el cual le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben



retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

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

V. DECISIÓN:

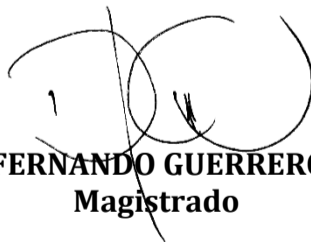
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

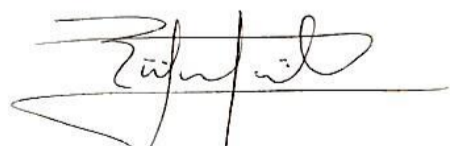
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 27 2017 00536 01

Magistrado ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**
Demandante: **ALFONSO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ**
Demandado: **BLANCA CARRANZA DE CARRANZA**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

La parte actora presentó escrito de complementación y adición de la apelación de la sentencia y atendiendo a que, en el mismo, se presentan argumentos distintos a los aducidos en la alzada, recuerda la Sala que el mismo no podrá ser tenido en cuenta, habida consideración que nuestro estatuto procesal laboral, no prevé la posibilidad de complementar o adicionar el recurso de apelación.

Así, acorde lo reglado en el artículo 82 del C.P.T y la S.S, en concordancia con el artículo 15 del Decreto 806 del 2020, las partes únicamente tienen la potestad de presentar sus alegatos, no siendo esta una oportunidad para presentar puntos de inconformidad adicionales a los ya propuestos en la alzada.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, respecto de la sentencia proferida el 23 de enero del 2020 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Alfonso Sánchez Rodríguez* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Blanca Carranza de Carranza*, a efectos que se declare que el demandante prestó sus servicios profesionales como apoderado judicial de la



demandada en el proceso de filiación natural y petición de herencia de *Hoiman Ernesto Arthunduga Castrillón* contra los herederos de *Víctor Ernesto Carranza Carranza*, proceso que cursa en el Juzgado Veinticuatro de Familia del Circuito Bogotá bajo el radicado No. 2015-065, originado en el Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Bogotá, y en consecuencia se fijen los honorarios profesionales a la demandada, junto con las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que fue contratado por los señores *Edgar Gustavo Riveros Rivera* y *Guillermo Cadena*, Gerente y Tesorero de la *Sociedad de Ganadería Brisas de Agualinda* con sede principal en Bogotá, para prestar sus servicios profesionales a la demandada, iniciando todas las diligencias conducentes a la investigación de la filiación natural del señor *Hoiman Ernesto Arthunduga Castrillón* presunto hijo del señor *Víctor Ernesto Carranza Carranza*; para tales efectos lo condujeron al municipio de Mariquita donde el señor *Hoiman Ernesto Arthunduga Castrillón* le confirió el respectivo poder.

Presentó la correspondiente demanda del 3 de febrero del 2015 y le correspondió al Juzgado Octavo de Familia del circuito de Bogotá, bajo el radicado No 2015-0065, la cual fue admitida el 3 de febrero del 2015, a consecuencia del mismo en el mes de mayo del 2015 recibió de la señora *María Blanca Carranza de Carranza* los dineros de la caución fijada en cuantía de \$12.000.000 para garantizar los posibles daños y perjuicios que se llegaran a presentar.

Posteriormente, el proceso es trasladado al Juzgado Primero de Familia de Descongestión de Bogotá, que por auto del 27 de mayo del 2015 avocó conocimiento y luego se convirtió en el Juzgado Veinticuatro de Familia del Circuito de Bogotá; asimismo, dispuso el incremento de la caución judicial en \$4.000.000, monto recibido por el demandante de parte de la señora *María Blanca Carranza de Carranza*.

Con ocasión de la medida preventiva decretadas se inscribió la demanda sobre los inmuebles identificados con matrícula 50C 363835 y 50C 363843, cuyo valor es superior a \$1.500.000.000, y se inscribió la demanda en el registro mercantil de las empresas *Ganadería la Cristalina S.A, Agregados Agualinda SCA, Esmeraldas*



Santa Rosa S.A, Operadora Turística Lord Pierre Ltda., Empresa Hotelera y Turística del Llano Ltda. y Empresas Calizas del Llano S.A.

Con auto del 13 de mayo del 2015 se fijó fecha para la audiencia de Conciliación del artículo 101 del C.P.C; posteriormente, a solicitud del demandante, por auto del 25 de octubre del 2016 se decretó el cotejo de las muestras heredo-biológicas en el Banco de Genética de la Fundación Santa Fe.

En forma sorpresiva recibió la revocatoria del poder por parte del señor *Hoiman Ernesto Arthunduaga Castrillón*, sin que a la fecha haya obtenido el pago de sus honorarios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que no ha contratado al demandante, y no le ha dado instrucción alguna o mandato.

Propone como medios exceptivos los que denominó inepta demanda, inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, inepta demanda y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante audiencia celebrada el 23 de enero del 2020, negó las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión adujo que no existe prueba alguna del acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, así como tampoco de la supuesta intermediación de los señores *Edgar Gustavo Riveros Rivera y Guillermo Cadena*, ni mucho menos que el profesional del derecho haya prestado sus servicios profesionales a la señora *María Blanca Carranza de Carranza*, quien adujo no conocer al demandante, ni autorizar a *Edgar Gustavo Riveros Rivera y Guillermo Cadena*, para adelantar el proceso de filiación natural.



Por otra parte, que tampoco es suficiente la presunción contemplada en el artículo 77 del C.P.T y la S.S, ante la inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación, cuando no se cumplió con la carga probatoria que le incumbía al demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión el demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que desde que fue decretada y ordenados los testimonios de los subordinados de la demandada *Edgar Gustavo Riveros Rivera* y *Guillermo Cadena*, considerando que es fundamental para el éxito de sus pretensiones, habida cuenta que ellos fueron los que intermediaron y siguen aún vinculados con las empresas de la demandada, lo cual es el soporte probatorio fundamental.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si por activa se tiene derecho al reconocimiento y pago de honorarios profesionales.

c. Regulación de Honorarios

El trabajo, en nuestro sistema jurídico, goza de una amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección



subjettiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva incluye, entre otras, la facultad subjettiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

El Constituyente, sin embargo, no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios independientes, pues la segunda corresponde a una de las múltiples formas de la contratación particular, la cual no puede ser asimilada al contrato de trabajo, ya que tiene alcances jurídicos distintos.

Así, cuando quiera que se trate de la prestación de servicios de abogacía, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

De otra parte, el artículo 2143 del CC tiene establecido que:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

De cara a lo indicado, deviene lógico referir que cuando quiera que una persona busque el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde acorde las reglas de la carga de la prueba, acreditar a más del poder que le fuere conferido, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo.

d. Del caso en concreto:



En el *sub-lite*, anhela el demandante el reconocimiento y pago de los honorarios por parte de la señora *Blanca Carranza de Carranza*, con sujeción a los servicios que aduce prestó dentro del proceso de filiación natural y petición de herencia de *Hoiman Ernesto Arthunduaga Castrillón* contra los herederos de *Víctor Ernesto Carranza Carranza*.

Ahora, al analizar el material probatorio arrojado al proceso se constata que la señora *Blanca Carranza de Carranza* en su interrogatorio de parte se limitó a aceptar que conoce a los señores *Edgar Gustavo Riveros Rivera* y *Guillermo Cadena*, por ostentar las calidades de Gerente y Tesorero de la *Sociedad de Ganadería Brisas de Aqualinda*, pero aclara que los mismos no siguen instrucciones de la demandada para adelantar gestiones judiciales y que ella jamás ha contratado al demandante para adelantar acciones judiciales para proteger los intereses de la familia; además que no conoce al señor *Hoiman Ernesto Arthunduaga Castrillón* y que *Víctor Ernesto Carranza Carranza* es su hijo; admite que ha visto al abogado en su casa pero no recuerda con quien ni para que se presentó.

Adicional a ello, fueron aportados al proceso el auto admisorio de la demanda de filiación (Fls 4 a 7), el poder que le fue concedido al demandante para promover el proceso de filiación por parte del señor *Hoiman Ernesto Arthunduaga Castrillón* (Fl 8), copia de la solicitud de las medidas cautelares (Fl 10), copia de la inscripción de la demanda de filiación en la Oficina de Instrumentos Públicos (Fl 11), copia de la inscripción de los embargos de las sociedades (Fls 14-20), copia de la audiencia de conciliación surtida el 22 de agosto del 2016 (Fls 27-29), copia de la audiencia surtida el 25 de octubre del 2016 (Fls 30-32), copia del memorial mediante el cual el señor *Hoiman Ernesto Arthunduaga Castrillón* revoca el poder al libelista (Fl 33-34).

Igualmente se advierte que dado que la demandada no compareció a la audiencia de conciliación surtida, la juez dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 77 del C.P.T y la S.S, tuvo como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en el escrito de la demanda, y pese a que en la mentada audiencia se decretó por solicitud del demandante los testimonios de los señores *Edgar Gustavo Riveros Rivera* y *Guillermo Cadena*, los mismos jamás fueron practicados debido a que los deponentes no comparecieron a la audiencia llevada a cabo el 23 de enero del 2020.



Teniendo en cuenta lo precedente, para la Sala no hay duda alguna de que el demandante logró probar en el proceso que actuó como apoderado del señor *Hoiman Ernesto Arthunduaga Castrillón* dentro del proceso de filiación natural y petición de herencia que actualmente se tramita en el Juzgado Veinticuatro de Familia del Circuito de Bogotá. Sin embargo, no obra prueba de ninguna índole que permita entrever que dicha actuación fue surtida por mandato de la señora *Blanca Carranza de Carranza*.

También se precisa, que aun cuando la demandada acepta que los señores *Edgar Gustavo Riveros Rivera* y *Guillermo Cadena* laboran para la *Sociedad de Ganadería Brisas de Aguilinda*, el libelista no acreditó en el proceso que estos hubieren servido de intermediarios entre la demandada y el libelista a efectos de que este último fungiera como apoderado de *Hoiman Ernesto Arthunduaga Castrillón* en el precitado proceso de filiación. De hecho, no hay una sola prueba de la referida negociación, ni mucho menos de que los mismos actúen en representación de la demandada.

Por otra parte, destaca la Sala que si bien la inasistencia de la pasiva a la audiencia de conciliación dio lugar a la aplicación de la presunción contenida en el artículo 77 del C.P.T y la S.S, la misma resulta insuficiente para acreditar el mandato en el que se funda la presente acción, por cuanto los únicos hechos de la demanda susceptibles de confesión por parte de la convocada a juicio serían los atinentes a la entrega de las sumas dinerarias exigidas para la caución, supuestos de facto insuficientes para dar por sentado el contrato hoy alegado. Precisando que el primer hecho donde el actor relata que fue contratado por *Gustavo Riveros Rivera* y *Guillermo Cadena* para prestar los servicios a la señora *Blanca Carranza de Carranza*, por ser hechos de terceros no son susceptibles de confesión ficta.

Aunado a lo anterior, la confesión ficta se dispuso de manera genérica, siendo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado sobre el particular en sentencia SL3744-2020, Radicación No. 79848, del 30 de septiembre de 2020:

“En ese orden, conviene recordar que el efecto concreto de la confesión ficta es reconocido en la segunda instancia de acuerdo con el alcance asignado por el juez singular al momento de declararlo. Así se infiere de lo enseñado por esta Corporación, por ejemplo, en sentencia CSJ SL3865-2017, en la cual explicó lo siguiente:



“La acusación que se soporta en que el colegiado de instancia ignoró las consecuencias de la confesión ficta que determinó el a quo en auto de 14 de julio de 2008 (f.º 60 a 61), no tiene fundamento para su prosperidad, en razón a que en tal diligencia ninguno de los hechos susceptibles de confesión fueron objeto de precisión, de modo que el Tribunal no podía tener por ciertos los relacionados en los numerales 7, 18, 20 a 23 a los que alude la censura.

“En efecto, así lo ha reiterado esta Corporación al sostener que para ello es indispensable que el juez de primera instancia, determine y especifique cuáles hechos de la demanda son susceptibles de confesión en los términos del artículo 195 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil, a fin de que la contraparte pueda ejercer eficazmente y de manera oportuna, sus derechos de defensa y contradicción (CSJ SL7145-2015).

De otra parte, en lo que respecta a la falta de práctica de los testimonios de los señores *Gustavo Riveros Rivera* y *Guillermo Cadena*, recuerda la Sala que los mismos no se pudieron surtir debido a que no se presentaron a la audiencia en la que se realizarían los mismos, sin que se observe justificación alguna para su inasistencia. Precisando que en la medida en que dichos testigos fueron decretados a favor del demandante, era su obligación legal citarlos mediante cualquier medio eficaz y allegar constancia de la diligencia al Despacho conforme lo dispuesto en el artículo 11 del artículo 78 del C.G.P y procurar su comparecencia en los términos del artículo 217 del C.G.P, ambas disposiciones aplicables a los juicios laborales por remisión del artículo 145 del C.P.T y la S.S..

Argumentos de orden factico y jurídico que nos conducen a inferir que el demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, en tanto, no demostró los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Por tanto, debe asumir las consecuencias jurídicas que acarrear la falta de diligencia probatoria a su cargo, esto es, que no se acceda a sus pedimentos y de declaren probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, como de forma acertada lo definió la falladora en primera instancia.

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

V.- DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero del 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 110013105028201700338
Demandante: BENITO ARAGON TIQUE
Demandado: JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. Y MANSAROVAR
ENERGY COLOMBIA LTD.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 22 de octubre del 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Benito Aragón Tique* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *JJ Empleos Temporales S.A.S* y *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*, lo anterior, a efectos de que se declare que entre el demandante y la empresa *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* existió un contrato de trabajo del 19 de julio del 2011 al 7 de octubre del 2016, en virtud del cual fue contratado para el cargo de Perforador de Pozos, devengando como último salario la suma de \$3.359.220 e ingresó a laborar por intermedio de *JJ Empleos Temporales S.A.S*; que padece de varias enfermedades como rectificación de la lordosis, discopatía L3-L4 y L5-S1 con leve contacto neuro radicular y sinovitis facetaria, por lo que el 7 de octubre del 2016 fue despedido como consecuencia de las enfermedades, diagnósticos y patologías, sin autorización judicial y que existió intermediación laboral entre *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* y *JJ Empleos Temporales S.A.S*.

En consecuencia, solicita se condene a *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* a reintegrarlo de forma definitiva y sin solución de continuidad a un cargo igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando al pago de salarios dejados de



percibir desde el 7 de octubre del 2016 hasta el 13 de marzo del 2017, auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los aportes al Sistema General de Seguridad Social, la indexación de las sumas adeudadas, las costas y agencias en derecho y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

De forma subsidiaria depreca se declare la relación laboral entre el demandante y *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* y atendiendo a la intermediación laboral se declaren solidariamente responsables a las demandadas del pago de la indemnización por despido injusto, la sanción prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que ingresó a laborar con *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* el 19 de julio del 2011 en el cargo de Perforador de Pozos, con un salario de \$3.359.220, como trabajador de la empresa de servicios temporales *JJ Empleos Temporales S.A.S.*

Aduce que prestó sus servicios de forma personal en el campo Moriche en donde la sociedad *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* ejecuta sus obras.

Explica que el 12 de mayo del 2012 suscribió otro contrato de trabajo como trabajador en misión y continuó prestando sus labores como Perforador de Pozos; el 13 de abril del 2013 suscribió otro contrato de trabajo y finalmente, suscribió el último el 27 de septiembre del 2013.

Aduce que, finalizando el mes de junio del 2014, comenzó a sentir un fuerte dolor de cabeza, por lo que el 8 de julio del 2014 se dirigió a consulta médica y el 9 de septiembre del 2014 es diagnosticado con lordosis, discopatía L3-L4 y L5-S1 con leve contacto neuro radicular y sinovitis facetaria. Por lo anterior, el 20 de octubre del 2012 el medico dispuso su reubicación, el 9 de febrero del 2015 el médico tratante ordenó fisioterapia y el 7 de octubre del 2016 le entregan la carta de terminación de su contrato de trabajo.



Por lo anterior, interpuso acción de tutela, en el curso de la cual el Juzgado 2° Promiscuo Municipal de Puerto Boyacá declaró improcedente la acción el 30 de noviembre del 2016, y el 6 de enero del 2017 el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Puerto Boyacá, concedió el amparo de los derechos fundamentales del accionante como mecanismo transitorio y ordenó a *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, el reintegro inmediato, en virtud del cual debió iniciar un incidente de desacato el 19 de enero del 2017, suscribiendo acta de reintegro el 13 de marzo del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La empresa *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que el demandante mantuvo diversas relaciones de trabajo discontinuas con la empresa *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, por tanto, con dicha entidad jamás ha mantenido una relación laboral.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe.

La sociedad *JJ Empleos Temporales S.A.S* en su escrito de contestación de la demanda indica que no se opone a la declaratoria del contrato siendo esta la única empleadora, precisando que se suscribieron varios contratos a efectos de desarrollar una tarea puntual.

Propone como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, contratos de trabajo entre *JJ Empleos Temporales S.A.S* y el actor esta ajustado a la ley, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 22 de octubre del 2019, absolvió a las demandadas y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Como sustento de su decisión manifestó que entre las demandas se suscribieron los contratos para suministro de personal, en virtud de los cuales el 21 de julio del



2011 se contrató al actor por duración de la obra o labor por la sociedad *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, el cual terminó el día 23 de noviembre del año 2011; posteriormente se vinculó entre el 16 de mayo del 2012 y el 27 de junio de 2012, del 29 de junio del año 2012, sin que se conozca la fecha de terminación, del 13 de abril de 2013 al 18 de septiembre del año 2013, del 27 de septiembre de 2013 al 31 de diciembre del año 2013, y en una última oportunidad del 1º de marzo de 2014 al 7 de octubre del año 2016, lo cual implica que ninguno de los contratos superó el término estipulado en el artículo 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015, con excepción del último, no obstante ello obedeció al estado de salud del demandante, y por ende, el único empleador fue *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, absolviendo en ese orden de ideas de todas las pretensiones a la demandada *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*

Frente a la indemnización por despido injusto y la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estimó que mediante acta de liquidación efectuada por el Inspector de Trabajo de Puerto Boyacá calendada 24 de julio del año 2018, se concilió entre el actor y la empleadora el pago de la suma de 54'365.226 por concepto de liquidación de salarios, prestaciones e indemnizaciones por todo el tiempo laborado, sumado al hecho que no se demostró que el demandante estuviera bajo protección especial, por cuanto el dictamen de Medicina Legal arrimado al plenario y calendado el 21 de febrero de año 2019, señala una pérdida de capacidad laboral del 16% de origen laboral y con fecha de estructuración el 16 de enero del año 2019, es decir cuando ya había fenecido el contrato de trabajo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la contratación del accionante perduró en el tiempo por un tiempo considerable y para ejecutar actividades propias del objeto social de *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*, por ende, no se cumplen los presupuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 que permite la contratación por con empresas de servicios temporales.

Respecto al último contrato que ató a las partes, se señala en la carta de terminación que la decisión obedece a la terminación de la obra o labor, sin que



se haya allegado el acta de liquidación o soporte probatorio que lo acredite.

De otra parte, que no es dable estimar que el último contrato se haya prolongado únicamente a razón del estado de salud del accionante, por cuando la empleadora sujetó la duración al contrato suscrito con *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*, sociedad que además se acreditó plenamente que ejerció actos de subordinación.

Señala que, si es beneficiario de la garantía de la estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta que la empleadora era concedora de su estado de salud, y no se acreditó que la terminación haya obedecido a las razones vertidas en la carta de terminación. Aunado a ello que la prerrogativa la estabilidad laboral reforzada no depende de la fecha de estructuración sino de las condiciones de salud del trabajador al momento de la terminación de la relación laboral, haciendo referencia a diversos pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante sostuvo una relación laboral con la empresa *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*, fungiendo la sociedad *JJ Empleos Temporales S.A.S.* como mera intermediaria; en caso afirmativo, si la demandada debe proceder al reintegro del demandante por gozar este de estabilidad laboral reforzada al momento de su despido, acorde lo reglado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

c. De las Empresas de Servicios Temporales:



Sobre el particular cabe recordar que las E.S.T prestan un servicio para coadyuvar de forma temporal en el desarrollo de actividades de una empresa, mediante el envío de trabajadores en misión. Dichas empresas están reguladas por los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990. En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres eventos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

"1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.

"2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

"3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Mediante sentencia C-330 de 1995, se declaró exequible la anterior normativa y en uno de sus apartes se dijo:

"Para la Corte es claro que la finalidad de la norma es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes. Esa finalidad resulta evidente al examinar sus tres numerales.

*"[...] el numeral 3, en el cual la finalidad protectora es ostensible [...] El fijar en el caso de este numeral un término mínimo de seis meses, prorrogable "hasta por seis (6) meses más", es, precisamente, la protección del trabajador permanente. **Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino**". (Resalta la Sala).*

A su vez, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las E.S.T como aquellas empresas que contratan servicios con terceros que son beneficiarios, de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por la empresa de servicios temporales.

Ahora bien, si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria. Así lo ha enseñado la



Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1170-2017, reiterada en sentencia SL 1692-2018, del 11 de abril de 2018:

“De la anterior manera explicó esta Sala de la Corte el tema del límite cronológico de la vinculación de trabajadores en misión y de las consecuencias de su transgresión, en la SL 17025-2016, radicación 47977, del 16 de noviembre de 2016, debiéndose recordar que tanto la normativa que se viene comentando, como la jurisprudencia, procuran salvaguardar el trabajo permanente y evitar que el trabajo en misión, a través de empresas de servicios temporales, sea utilizado de manera abusiva por empleadores que pretendan implementarlo para realizar actividades que están por fuera de los específicos supuestos de hecho de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

“[...] Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones.

“[...] En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales [...]

*“Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., **lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador...**”(Negritas de la Sala)*

d. Estabilidad Laboral Reforzada

En tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón



de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si el demandante es beneficiario de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.



Los lineamientos mencionados están contenidos en sentencias como la radicada con 41845 del 18 de septiembre de 2012; 35606 del 25 de marzo de 2009; 36115 del 15 de marzo de 2010; SL14134-2015, Radicación No. 53083 del 14 de octubre de 2015, SL10538-2016, Radicación No. 42451 del 29 de junio de 2016 y SL1360-2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, en las que se establece que no se otorga la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad con el solo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, para el momento del despido.

Un entendimiento razonable de la anterior postura, señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

En ese orden de ideas, para la prosperidad de las pretensiones de la demandante, se debía acreditar, como primera medida, el supuesto fáctico que la normativa en comento protege, esto es, que ninguna persona en situación de discapacidad sea despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

Ahora bien, el Alto Tribunal en sentencia SL2841-2020, Radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, hizo un análisis exhaustivo sobre la estabilidad reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, donde además categorizó una nueva expresión para las personas sobre las que verse esta figura, entendiéndose esta como “*discapacidad relevante*”, señalando sobre el particular:

“Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables”.

[...]



“Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad”.

e. Del caso en concreto

En claro lo precedente, es del resorte de la Corporación iniciar estableciendo si el contrato de trabajo del libelista, realmente lo fue con la empresa *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* fungiendo la empresa *JJ Empleos Temporales S.A.S* como mera intermediaria.

Para dicho fin, resulta indispensable realizar un análisis pormenorizado del material probatorio allegado al plenario dentro del cual aparecen los siguientes contratos de trabajo, suscritos por el demandante y la empresa *JJ Empleos Temporales S.A.S*:

1. Contrato por obra o labor contratada del 20 de julio del 2011, para el desarrollo del cargo de Perforador en el marco de la orden No J°-00918 del 19 de julio del 2011 (Fl 23-24), junto con la liquidación del mismo del 23 de noviembre del 2011 (Fl 160).
2. Contrato por obra o labor contratada del 16 de mayo del 2012, para el desarrollo del cargo de Perforador en el marco de la orden No. MCL72 del 12 de mayo del 2012 (Fl 29-31), junto con la liquidación del mismo del 27 de junio del 2012 (Fl 159).
3. Contrato por obra o labor contratada del 28 de junio del 2012, para el desarrollo del cargo de Perforador en el marco de la orden No MEC 0064 del 28 de junio del 2012 (Fl 32-33).
4. Contrato por obra o labor contratada del 13 de abril del 2013, para el desarrollo del cargo de Perforador en el marco de la orden No MEC 2 (Fl 35-42), junto con la liquidación del mismo del 18 de septiembre del 2013 (Fl 157).



5. Contrato por obra o labor contratada del 27 de septiembre del 2013, para el desarrollo del cargo de Perforador en el marco de la orden No MEC 4 (Fl 43-49), junto con la liquidación del mismo del 1° de diciembre del 2013 (Fl 157).

6. Reposa la carta de terminación del contrato de trabajo del 7 de octubre del 2016 (Fl 102) y su liquidación, evidenciándose que este vínculo se prolongó del 11 de marzo del 2014 al 7 de octubre del 2016 (Fl 156). Acompañada de la sentencia proferida el 30 de noviembre del 2016 por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal**, por medio del cual se niega por improcedente la acción de tutela impetrada por el promotor (Fls 104 a 121) y el oficio de notificación del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Puerto Boyacá en el cual se dispone el reintegro inmediato del libelista como medida transitoria (Fl 122) y constancia del acta de reintegro del 13 de marzo del 2017 (Fl 124).

Igualmente, fueron aportados los contratos de suministro de personal suscritos por las demandadas MOR-010-16, MOR-05-16, EQP-101-14B, EQP-006-14, la orden de servicios No 4600009194, No 4600005699 y No 4600006706 (Fls 208-267).

Finalmente, en lo que respecta a la documental allegada al plenario llama la atención de la Sala un Acta liquidación de acreencias laborales del Ministerio de Trabajo en la cual se indica que el 13 de diciembre del 2017 un grupo de trabajadores de la empresa de servicios temporales solicitaron al Ministerio iniciar un proceso de declaratoria de iliquidez de la empresa, por tanto mediante Resolución No 74 del 22 de febrero del 2018 se declaró el siniestro de las pólizas, la cual fue adicionada mediante Resolución No 171 del 30 de abril del 2018 y modificada mediante la Resolución No 224 del 31 de mayo del 2018, en la cual se ordenó el pago de las acreencias laborales adeudadas a los trabajadores vinculados a la E.S.T entre el 1° de enero del 2017 y el 31 de diciembre del 2017, razón por la cual en la citada acta se deja constancia que la empresa aseguradora *Seguros del Estado S.A*, en cumplimiento de la póliza de garantía No 2543-101000701 con vigencia del 1° de enero del 2017 al 31 de diciembre de la misma anualidad, cancela al demandante la suma de \$54.365.226 a título de liquidación



de acreencias laborales, más la indemnización, pago que acepta el hoy demandante.

Asimismo, reposa al Auto de la Superintendencia de Sociedades del 10 de septiembre del 2018, en el cual aparece el crédito del demandante graduado y calificado para su correspondiente adjudicación en el cual se reconoce a favor del demandante una suma de \$85.219.257 de los cuales se le adjudicó la suma de \$54.642.276 (Fls 341-343), junto con el Auto del 19 de diciembre del 2018 mediante el cual se declara terminado el proceso de liquidación de la empresa *JJ Empleos Temporales S.A.S.* (Fls 348-249).

Sumado a lo anterior, fueron absueltos los correspondientes interrogatorios de parte del representante legal de *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*, quien se limita a admitir la suscripción de los contratos con la EST *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, en virtud de los cuales el demandante prestó sus servicios como Perforador en su calidad de trabajador en misión, pero desconoce los tipos de contrato y su duración, precisando que el contrato se le extendió al final en razón a algunos problemas de salud que presentó el demandante, pues ello impedía que la E.S.T le diera por terminado el contrato de trabajo. Igualmente, admite que la actividad de Perforador es inherente y permanente en la demandada, pero aclaró que el volumen de la producción variaba, razón por la que el personal debía incrementarse, por lo que acudían en ocasiones a una E.S.T.

A su turno, el demandante admite que los salarios y prestaciones sociales durante la vigencia de la relación laboral le fueron cancelados por la EST *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, con quien suscribió varios contratos de trabajo, pero aclara que era a solicitud de *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* y para ello se les hacían pruebas y exámenes, pues de no ser aptos no eran aceptados; admite que del 2014 al 2016 tuvo un contrato prolongado y presentó problemas de salud, que a la terminación de cada contrato le fueron canceladas las correspondientes liquidaciones; que para la terminación del contrato aún no había sido calificado y cuando fue reintegrado lo fue en una finca de un accionista de *JJ Empleos Temporales S.A.S.*; que la seguridad social la pagaba la EST y esta misma fue la que le notificó la terminación del contrato de trabajo.



Fueron evacuados los testimonios de *Didier Antonio Valencia*, *Pedro Antonio Morales Benítez* y *Humberto Muñoz Barragán* compañeros de trabajo del demandante, quienes admiten que mantienen demandas contra las empresas convocadas a juicio en la presente litis, aduciendo que el demandante era trabajador en misión de *JJ Empleos Temporales S.A.S* y que la empresa no tuvo en cuenta sus enfermedades; que los elementos de trabajo los suministraba *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* y que el demandante laboró para la empresa hasta febrero del 2018; de igual manera que a la terminación del contrato no les fueron cancelados los salarios ni prestaciones.

Didier Antonio Valencia precisa que conoció al demandante en el 2015, fecha para la cual presentaba afecciones de salud; señala que inicialmente el demandante trabajó en los campos de *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* Y al finalizar cumplía funciones de aseo en las instalaciones de la E.S.T. A su turno, *Pedro Antonio Morales Benítez* puntualiza que conocía al demandante de tiempo atrás; que ingresó a laborar con la E.S.T. en el año 2016, cuando el actor presentaba restricciones laborales, aduciendo que al final de la relación el demandante estaba laborando en una finca del Gerente de la E.S.T., cumpliendo un horario. Asimismo, *Pedro Antonio Morales Benítez* aduce que laboró para de *JJ Empleos Temporales S.A.S* en las mismas condiciones que el demandante del 2013 al 2018; que cuando los reintegraron los enviaron a una finca de propiedad del representante legal de la E.S.T., lugar en el que debían cumplir horario.

Siendo del caso precisar, que en contra de los testigos se formuló tacha por sospecha a razón de las demandas que mantienen contra las empresas hoy accionada. Con ocasión de la cual ha de indicar la Sala que la misma si bien no comporta la descalificación de las mentadas declaraciones, impone para el fallador un mayor rigorismo en su análisis, como de contera ha sido explicado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como en efecto se procederá a hacer en la presente decisión en la cual se analizaran los mismos, en concordancia con los demás medios probatorios. Así en sentencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 3721 del 2019, Radicado No 69418, recordó:

“Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad.



Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar" (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01),"

Efectuadas las anteriores precisiones, encuentra la Sala que las diferentes relaciones laborales existentes entre el libelista y la Empresa de Servicios Temporales *JJ Empleos Temporales S.A.S.* como trabajador en misión de la empresa *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* se dieron dentro del marco de los presupuestos jurídicos previstos en artículo 77 de la ley 50 de 1990, en razón a que estos no se extendieron por un término superior a los 6 meses prorrogables por 6 meses más, además que algunos de estos fueron con el objeto de cubrir vacaciones y no se dieron de forma ininterrumpida como lo alude el demandante, sino que fueron debidamente liquidados e interrumpidos, con ocasión a cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las hoy demandadas, con el objeto de suministrar personal en misión dentro del marco de la normativa ya descrita, atendiendo a los niveles de producción existentes en la demandada o para efectos de cubrir vacaciones, tal como se puede corroborar con las ordenes de servicios de folios 264 a 267, en las cuales se dejó anotado en sus observaciones, como objeto de las mismas: "*Plan de Contingencia para atender bloqueo a la operación de campos*", "*contratación de personal necesario para realizar vacaciones y reemplazos de trabajadores en los campos de la asociación Nare*", "*servicio de contratación necesario para realizar vacaciones y reemplazos en campo Moriche de manera temporal*".

Asimismo, se precisa en lo que respecta al último contrato suscrito por el promotor y la empresa *JJ Empleos Temporales S.A.S.* que si bien el mismo se extendió del 11 de marzo del 2014 y hasta febrero del 2018, tal situación en efecto acaeció por cuanto el demandante empezó a presentar quebrantos de salud en el año 2014, conforme lo admite el mismo y se constata en la historia clínica (Fls 57 -101), con motivo de los cuales la demandada debió reubicarlo atendiendo a las restricciones médicas, tal y como se desprende de los testimonios hoy recaudados, precisando que cuanto la demandada *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, decidió dar por terminado el contrato de trabajo el 7 de octubre del 2016 (Fl 102),



se vio conminada a su reintegro de forma transitoria con ocasión del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Puerto Boyacá el 6 de enero del 2017 (Fl 123), dando lugar a la reincorporación del demandante en una finca del Gerente de *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, tal como lo confiesa el demandante y reconocen los testigos. Supuesto de hecho que adicionalmente, nos permite entrever que durante la vigencia del último contrato el demandante no siempre estuvo prestando sus servicios para la empresa *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*

Sumado a lo anterior, mal podría declararse que el demandante sostuvo una relación laboral con *Mansarovar Energy Colombia Ltd.* cuanto este, no solo admite la suscripción de los diversos contratos con *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, sino que adicionalmente no fue sino hasta la presentación de la demanda que hoy nos ocupa que desconoció la calidad de empleador por parte de dicha entidad y ello es así, pues hizo parte de un proceso administrativo ante el Ministerio del Trabajo en aras de obtener el pago de las acreencias laborales e indemnización adeudadas por la E.S.T. por parte de la aseguradora Seguros del Estado S.A, dando lugar a que le fueran reconocida y cancelada la suma de \$54.365.226 conforme se constata en el acta de aprobación de acreencias laborales suscrita ante el Ministerio de Trabajo el 24 de julio del 2018 (Fls 336-339).

Por si lo anterior fuera poco, el hoy demandante en calidad de extrabajador de *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, se hizo parte dentro del proceso de liquidación de la *JJ Empleos Temporales S.A.S.* obteniendo en calidad de tal, el reconocimiento de \$85.219.257 por concepto de créditos laborales, según da cuenta el Auto del 10 de septiembre del 2018, emitido por la Superintendencia de Sociedades (Fls 345-346).

De cara a lo enunciado, mal podría la Sala declarar que el verdadero empleador del demandante lo fue *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*, cuando se itera el demandante suscribió seis (6) contratos con *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, los cuales fueron interrumpidos y se dieron dentro del término legal consagrado en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, a excepción del último que si bien se excedió lo fue por razón del estado del salud del demandante y la orden de reintegro por tutela concedida a su favor, a más que los servicios desarrollados por el actor en



el marco de este último contrato, no fueron prestados en su integridad para *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*

Finalmente, en lo que respecta a la estabilidad laboral deprecada, basta indicar que al analizar la historia clínica del promotor se puede constatar que si bien en el año 2014 presentó varias afectaciones a su salud, con fundamento en las cuales fue diagnosticado con rectificación de la lordosis, discopatía y sinovitis facetaria (Fl 55), para el 7 de octubre del 2016 cuando la demandada *JJ Empleos Temporales S.A.S.* decide dar por terminado el contrato de trabajo (Fl 102), el demandante no se encontraba incapacitado, ni existe constancia de ninguna restricción laboral vigente para entonces y en efecto, el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 15 de febrero del 2019 (Fl 326) permite constatar que la pérdida de capacidad laboral del demandante asciende al 16% y fue estructurada el 16 de enero del 2019, data para la cual ya había fenecido el vínculo laboral (Fls 326 a 337).

Siendo del caso acotar, en lo que respecta a los reparos de la alzada que es precisamente el artículo 3° del Decreto 1507 del 2014 el que define la fecha de estructuración como la data en la cual la persona pierde el grado o porcentaje de su capacidad laboral, la cual se soporta en la historia clínica, exámenes clínicos y ayuda diagnóstica, y aunque, en efecto puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de capacidad laboral, la misma se encuentra argumentada y soportada por el calificador. Siendo deber de la Sala recordar que si el libelista no estaba conforme con la misma, bien podía controvertir el examen o allegar cualquier otro medio probatorio que permitiera establecer a la Sala que la fecha de estructuración fue anterior a la establecida en el precitado dictamen, por no ser este una prueba *ad substantiam actus*, carga probatoria con la cual no cumplió, habida consideración que no existe en el paginario ninguna prueba contundente que permita entrever que la pérdida de capacidad laboral del promotor se dio con antelación a la finalización de la relación laboral.

Implica lo previamente aludido que para la data en que la demandada *JJ Empleos Temporales S.A.S.*, decidió dar por terminado el contrato de trabajo, esto es el 7 de octubre del 2016, el demandante realmente no gozaba de la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por manera que no hay lugar al reintegro anhelado, ni al pago de la indemnización contemplada en la



mentada norma.

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

VI. DECISIÓN:

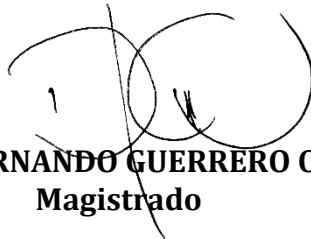
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

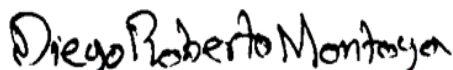
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre del 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

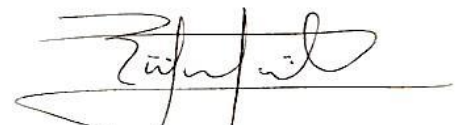
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2017 00735 02
Demandante: PEDRO PABLO BAEZ SANCHEZ
Demandado: PAR ISS EN LIQUIDACIÓN -FIDUAGRARIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Pedro Pablo Báez Sánchez* presentó demanda ordinaria laboral en contra del *PAR - Instituto de Seguros Sociales En Liquidación* a efectos de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 13 de junio del 2011 al 30 de noviembre del 2012.

Como consecuencia del mismo solicita se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de las diferencias entre lo devengado por los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales que desempeñaban las mismas funciones del demandante y lo fijado como honorarios en los diferentes contratos de prestación de servicios, el pago de las cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios,



prima extralegal en los términos previstos en la Convención Colectiva; auxilio de transporte; al reconocimiento y pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones efectuados por el demandante; de los descuentos; la sanción por la no consignación de las cesantías; la sanción por despido injusto; lo que resulte probado *ultra y extra petita*; la indexación de las sumas adeudadas y las cotas y agencias procesales.

Subsidiariamente, anhela el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, en los términos en que se conceden a los trabajadores oficiales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo en síntesis que fue vinculado el 13 de junio del 2011 al *Instituto de Seguros Sociales* como Liquidador/Imputador de Pagos a través de contrato de prestación de servicios; que prestó sus servicios personales a la Seccional Cundinamarca de forma ininterrumpida hasta el 30 de noviembre del 2012.

Agrega que las obligaciones impuestas estaban directamente relacionadas con la actividad permanente y misional del *Instituto de Seguros Sociales*, percibiendo honorarios mensuales de \$1.293.696 y para su pago debía presentar las actas de cumplimiento a satisfacción firmadas por el interventor.

Indica que en la empleadora funciona el Sindicato de Trabajadores SINTRASEGURIDAD SOCIA, el cual tiene carácter de mayoritario.

Expone que el 18 de julio del 2014 el Instituto de Seguros Sociales En Liquidación emite la Resolución No. 1343, por medio de la cual liquida el contrato de prestación de servicios No. 5000025138, con fecha de terminación el 30 de junio del 2012; que el 13



de marzo del 2015 presentó la correspondiente reclamación administrativa, y a la fecha no ha obtenido respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra en tanto no tiene la calidad de sucesora procesal del otrora *Instituto de Seguros Sociales*.

Propuso como medios exceptivos, los que denominó prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe del ISS, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos, cosa juzgada y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de diciembre del 2019 declaró que entre el demandante y el extinto *Instituto de Seguros Sociales*, existió una relación laboral, regida por un contrato de trabajo vigente del 13 de junio del 2011 al 30 de noviembre del 2012; declaró probados los medios exceptivos de prescripción respecto de las pretensiones de devolución de pólizas de cumplimiento y lo deducido por retención en la fuente, así como declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales y condenó a la demandada al pago de \$1.901.104 por concepto de cesantías, \$950.507,20 por concepto de vacaciones, \$1.185.888 por prima de navidad, así como a realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, teniendo en cuenta el cálculo actuarial efectuado por el fondo que el demandante elija, debiendo asumir los intereses



a que haya lugar, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión indicó que en el caso de autos se allegaron copias de las certificaciones, constancias y contratos suscritos, así como las actas de inicio, pólizas de cumplimiento, solicitudes para la aplicación de la tabla de retención en la fuente, certificados de retención en la fuente, planillas de liquidación de aportes a salud y pensión, acta de cumplimiento, acta de liquidación, así como resumen de liquidación de pagos por honorarios, de los cuales se desprende que el actor prestó sus servicios para la entidad demandada desde el 13 de junio de 2011 al 30 de noviembre de 2012, desempeñando funciones requeridas por el Instituto demandado como liquidador, entre otras se le indicaron las funciones de apoyar a la Seccional, Jefatura de Atención al Pensionado o Gerente Seccional en la liquidación de prestaciones económicas, imputación de pagos y cálculo de tiempos cotizados en las decisiones de prestaciones económicas, proyectar informes en las áreas involucradas en el proceso de trámite de prestaciones económicas a nivel interno y externo, atender asegurados, pensionados y beneficiarios en aspectos relativos al trámite de recepción, información y notificación de solicitudes prestacionales, entre otras funciones objeto de los distintos contratos de prestación de servicios aportados al expediente.

Asimismo tras el análisis de los testimonios y el interrogatorio de parte del demandante, extrae que evidentemente el actor estaba sujeto a órdenes, así como a un horario, lo que constituye un elemento indicativo de la subordinación laboral, aspecto que excluye el concepto de autonomía propios de las vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo, quedando claro con la declaración y las pruebas documentales que la actividad la realizaba en las instalaciones de la demandada, cumpliendo características de idoneidad según las directrices del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y no conforme a los contratos de prestación de servicios regulados en el numeral 3º artículo 32 de la Ley 80 de 1993, desvaneciéndose la presunción legal que de esta norma podía verse inferida.



En cuanto a los extremos y de conformidad con los certificados, las constancias y los contratos aportados se evidencia que no hubo solución de continuidad, por lo que se trató de una única relación laboral vigente entre el 13 de junio de 2011 y el 3 de julio de 2012, teniendo como remuneración salarial la suma de \$1.293.696, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a los rubros causados con anterioridad al 13 de marzo de 2012, a excepción del auxilio de cesantías.

Refiere que la Corte Suprema de Justicia en sentencia 28782 del 21 de noviembre del 2007, señaló que en los casos como el presente es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo, no obstante, en el presente asunto no aparece copia del convenio colectivo.

Respecto a la demostración del despido, que se adujo que el Instituto encartado fue quien unilateralmente término el vínculo laboral, lo cual no fue debidamente acreditado en el plenario; respecto de la nivelación salarial, aduce que no existe prueba alguna de cuál es el empleo respecto del cual se pretende; ordenó de igual manera que se efectúen los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, absolviendo del pago de la indemnización moratoria, al estimar que la empleadora actuó bajo el convencimiento de la legalidad de los contratos de prestación de servicios.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante presenta recurso de apelación en lo tocante a la prescripción, reiterando que la reclamación administrativa se presentó ante el *Instituto de Seguros Sociales*, en el cual se solicitaba el pago de los emolumentos adeudados, reclamación que interrumpió el término prescriptivo.

En segundo lugar, aduce que la mala fe se encuentra probada dentro del plenario en cuanto al no pago de los emolumentos laborales a los que tenía derecho el señor *Pedro Pablo Báez* durante todo el vínculo de relación laboral que tuvo con el extinto *Instituto*



de Seguros Sociales.

A su turno la demandada presenta recurso de apelación solicitando la revocatoria del fallo toda vez que tal como se estableció en autos, el contrato que rigió a las partes en su momento con el *Instituto de Seguros Sociales*, fue de prestación de servicios, hecho que tal era de pleno conocimiento por parte del demandante, y se encuentra autorizada por la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 3º; que no es procedente el pago de la prima de navidad para los trabajadores oficiales. Finalmente, solicita que sea revocada la condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

El problema jurídico a desatar se contrae a determinar si en efecto el accionante ostentó la calidad de trabajadora oficial en virtud de la existencia de un contrato ficto de trabajo, así como analizar las acreencias laborales objeto de condena, la indemnización moratoria y los efectos de la prescripción.

c. Existencia del contrato de trabajo y calidad de trabajador oficial.

Para desatar la controversia planteada, debe rememorarse que es la ley y no la voluntad de las partes, la que define cuando un servidor oficial es trabajador oficial o empleado público, por lo que incluso el trato como trabajador oficial que eventualmente haya



dado la entidad empleadora no es criterio válido para definir tal aspecto. En el caso presente, la entidad demandada es una *Empresa Industrial y Comercial del Estado*, las cuales, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3135 de 1968 tienen una planta de personal mixta entre empleados públicos y trabajadores oficiales, que exige del Juez una verificación normativa.

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

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

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

***13.** Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*

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



La anterior normativa fue objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, autoridad que, en virtud de una acción de nulidad, avaló la clasificación indicada, señalando:

“Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los Despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director, forman parte de los niveles profesional y administrativo, respectivamente, desempeñan funciones que de un lado implican el ejercicio de actividades que requieren del manejo de determinadas profesiones y, de otro desarrollan labores complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, amén de la supervisión de un pequeño grupo de trabajo, pues, obsérvese que están adscritos a los cargos de mayor categoría dentro de la Institución, dependen indubitablemente de ellos, necesitan ejecutar sus labores en perfecta armonía, y ceñirse de manera inmediata a las órdenes de los superiores quienes deben tener plena seguridad en los mismos, por lo que se infiere que deben corresponder al grupo de empleados públicos”.

Ahora bien, en el presente caso, el demandante prestó sus servicios personales, mediante la suscripción de tres (3) contratos de prestación de servicio sucesivos, por el periodo comprendido del 13 de junio del 2011 y el 30 de noviembre del 2012, según certificado aportado al plenario visto a folio 24, así como los contratos de prestación de servicios visible a folios 18 a 23.

De conformidad con el contenido de los contratos celebrados con el otrora *Instituto de Seguros Sociales*, el actor prestaba sus servicios como Liquidador, apoyando a la Jefatura de Atención al Pensionado o al Gerente Seccional, en la liquidación de prestaciones económicas, imputación de pagos, cálculo de tiempos cotizados, entre otras.

Asimismo, se corrobora que en el interrogatorio de parte, que el demandante admite que las funciones a su cargo fueron las de liquidación, imputación de tiempos públicos y liquidación de pensiones, las cuales fueron desarrolladas en el marco de tres (3) contratos, para cuyos pagos debía presentar una cuenta de cobro y tenía que entregar un informe de las actividades que había realizado; que firmó de forma consciente el contrato y estaba de acuerdo con las cláusulas, que jamás presentó una solicitud formal para ser vinculado laboralmente, que tenía un supervisor, quien se encargaba de



verificar el cumplimiento de las metas, horarios y que lo requerido por el área de Servidores Públicos y que jamás tuvo una investigación disciplinaria o llamados de atención.

Por otra parte, fueron absueltos los testimonios de *Luz Marina Hernández Ramírez* y *Fabian Orlando Villamizar*, quienes de forma conteste relatan que laboraron con el demandante y con ocasión a ello les costa que el demandante imputaba y liquidaba prestaciones, para lo cual debía cumplir un horario de 8:00 a.m a 5:00 p.m; que para ausentarse debía pedir permiso a su Jefe inmediato, señor *Jairo Franco*, quien era la persona que les hacía llamados de atención, pasándoles el respectivo memorial y que el actor laboró para la entidad hasta su liquidación cuando les dieron por terminado el contrato a todos los trabajadores; precisan que existía personal de planta que realizaba las mismas funciones que el libelista y estos devengaban un salario superior. Refiriendo el señor *Fabian Orlando Villamizar* que recibían órdenes de los Coordinadores que eran delegados por el señor *Jairo Franco*, y que las personas que desarrollaban las actividades que realizaban el actor y el testigo, eran Grado Senior, Analista y Profesional Junior.

En tal sentir, es patente que las documentales aportadas y las declaraciones rendidas se colige con meridiana claridad que existió una prestación personal del servicio, en virtud de la cual resulta aplicable la presunción legal contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, aduciéndose por pasiva la existencia de una relación atada a los contratos de prestación de servicios, por lo que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, conforme se dispuso en el artículo 53 Superior y como en forma certera tuvo oportunidad de analizarlo la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, al declarar la exequibilidad parcial del artículo 32 de la L. 80 de 1993, se debe establecer si el elemento subordinante quedó desvirtuado.

Es por ello que, para determinar la verdadera naturaleza contractual de esa vinculación, la Sala analizó el conjunto probatorio, logrando constatar que del 17 de junio del 2011



al 30 de noviembre del 2012, el demandante fungió como trabajador oficial del *Instituto de Seguros Sociales*, toda vez que no se desvirtuó la subordinación, a *contrario sensu*, los testigos ya mencionados, dieron cuenta que el actor estaba sujeto a las órdenes y al cumplimiento del horario de trabajo, debiendo tramitar permisos para poder ausentarse de su lugar de trabajo. Manifestaciones que resultan coherentes y válidas, pues se trata de personas que conocieron de forma directa la labor del demandante por tratarse de compañeros de trabajo, quienes tuvieron la oportunidad de conocer los pormenores de dichos servicios.

Conforme a lo anterior, la Sala encuentra que la entidad no logró desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, pues demostrada la prestación del servicio y acreditadas las condiciones subordinantes en que desarrolló las labores el promotor del juicio al estar sujeto a horario y órdenes del personal se concluye que la vinculación en realidad obedeció a un contrato de trabajo.

Fluye de lo enunciado que le asiste la razón al *a-quo* al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el otrora Instituto de Seguros Sociales y el hoy demandante por el periodo comprendido del 13 de junio del 2011 al 30 de noviembre del 2012, teniendo como monto salarial la suma de \$1.293.696, por ser esta la suma recibida por el demandante durante la vigencia del mentado contrato laboral (Fl25).

d. De la prescripción

En lo que respecta a este ítem, debe recordar la Sala que en materia laboral los derechos laborales se encuentra sujetos a un término de prescripción trienal, el cual se cuenta desde la fecha de causación de la demanda y es susceptible de interrupción, por una única vez mediante la correspondiente reclamación, acorde lo disponen los artículos 488 y 489 del C.S.T, en concordancia con lo reglado por el artículo 151 del C.P.T y la S.S.



En tal sentir como quiera que el vínculo labora que hoy nos atañe se extendió entre el 13 de junio del 2011 y el 30 de noviembre del 2012, al haberse presentado la respectiva reclamación administrativa el 13 de marzo del 2015 (Fl 13) y quedar radicada la presente demanda el 6 de diciembre del 2017 (Fl 189), deviene lógico afirmar que sí quedaron prescritas todas las acreencias laborales causadas con antelación al 13 de marzo del 2012, como de forma acertada lo determinó el fallador de primera instancia.

Frente a este punto, debe aclarar la Sala al recurrente que si bien la reclamación administrativa, en efecto fue radicada dentro de los 3 años siguientes a la culminación del vínculo contractual, tal hecho no enerva la afectación de la prescripción en lo tocante a los derechos laborales que fueran causados 3 años antes a la presentación de la misma, por cuanto se itera, el termino de prescripción se cuenda desde la data de causación de cada una de las acreencias laborales, más no desde la data de terminación de la relación laboral, como parece entenderlo el recurrente, destacando que no todos los derecho se causan a la finalización del vínculo laboral.

Argumentos que indefectiblemente, nos conducen a la confirmación de la providencia, respecto a este punto del debate.

De la revisión de condenas impuestas en primera instancia

Ahora, si bien la pasiva no controvirtió en la alzada la totalidad de las condenas impuestas en su contra, al ser analizado el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta, es deber de la Colegiatura efectuar un pronunciamiento respecto de cada uno.

1) Auxilio de Cesantías:



De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, artículo 13 de la Ley 344 de 1996, artículo 17, literal a) de la Ley 6ª de 1945 ¹. Efectuadas las operaciones aritméticas, conforme con los salarios demostrados, se tiene que las cesantías de la demandante en el interregno laboral que se declaró, ascienden a la suma de **\$1.897.420,82**, suma inferior que la obtenida en primera instancia y en consecuencia del Grado Jurisdiccional de Consulta habrá de modificarse.

Cabe destacar que, las cesantías no se encuentran prescritas, pues nuestro máximo órgano de cierre ha adoctrinado de manera reiterada y pacífica que la cesantía es una prestación social exigible a la terminación del contrato de trabajo (CSJ SL 34393, CSJ SL 41522, 14 agosto 2012, CSJ SL8936-2015, CSJ SL2967-2018 y SL2885-2019), cuya prescripción se configura desde ese momento conforme lo disponen los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS y como quiera que en el presente caso el contrato terminó el 5 de febrero de 2014 y la demanda se radicó el 26 de julio de 2016, no transcurrió el término trienal.

2) Compensación de vacaciones:

Como el actor no disfrutó de vacaciones durante la ejecución del contrato de trabajo, tiene derecho a su compensación en dinero conforme a lo reglado en el artículo 8º del Decreto 3135 de 1968, modificado por el Decreto 1045 de 1978, destacando que el *a-quo* estimó no operó el fenómeno jurídico de la prescripción sobre las mismas.

Así las cosas, realizados los cálculos aritméticos de rigor se tiene que el actor tiene derecho al pago de **\$948.710,43** a título de compensación en dinero de las vacaciones, suma inferior a la determinada en primera instancia, y por lo tanto, será objeto de modificación.

3) Prima de Navidad:

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia rad. 34116 de 2009.

² Cesantías: \$1.293.696x528/360

³ Vacaciones: \$1.293.696x528/720



Sobre esta pretensión, al tenor del artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968 se tiene que la misma corresponde a un mes de salario que debe ser cancelado en la primera quincena del mes de diciembre de cada año en proporción al tiempo laborado, en tal virtud, se encontraría prescrita únicamente la prima de navidad acusada con antelación al 13 de marzo del 2012, esto es la causada en diciembre del 2011.

De esta forma procedió la Sala a efectuar los cálculos aritméticos de rigor obteniendo por concepto de la prima de navidad la suma de **\$1.185.888⁴**, como acertadamente lo determine el fallador de primera instancia.

Frente a la improcedencia referida en la alzada, se tiene que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3157-2020, Radicación No. 62981 del 19 de agosto de 2020, señaló:

“v) Prima de navidad

“No se accederá a la pretensión, dada la incompatibilidad prevista por el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, con la extralegal del artículo 47 del convenio colectivo 1996-1999. Así lo explicó la Corte en sentencia CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 35954, en la que se refirió al artículo 50 de la convención 2001-2004, que mantuvo la redacción de la primera”.

No obstante, dicho criterio ni puede atender en el presente evento, en tanto no se aportó la Convención Colectiva de Trabajo, ni se percibió ni ordenó el pago primas extralegales, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

4) Aportes a Seguridad Social en Pensiones:

⁴ Prima de Navidad: \$1.293.696x330/360



En lo que a este asunto atañe, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 estableció las obligaciones del empleador frente al Sistema de Seguridad Social integral; fijando en cabeza del empleador la responsabilidad del pago de su aporte y del correspondiente al trabajador precisando que responderá *“por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiese efectuado el descuento al trabajador”*.

Al ser ello así y constatarse la existencia de la relación laboral, resulta lógico que el fallador de primera instancia fulminara condena en contra de la demandada, por el importe total de los aportes a seguridad social en pensiones a favor del demandante, teniendo en cuenta el salario percibido por este, teniendo en cuenta el cálculo actuarial efectuado por el fondo que el demandante elija, debiendo asumir los intereses a que haya lugar. Corolario de lo antes dicho, se confirmará la condena impuesta sobre el particular.

f) Indemnización moratoria:

En primer lugar, precisa la Sala, que la condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle las prestaciones que le correspondían hay lugar a su imposición; en el caso contrario, se absolverá.

En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales acorde a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 797 de 1949, pues de lo contrario se haría acreedora al pago de la misma a partir del día 91, y hasta tanto solucione lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, tal como se precisó en sentencia SL 2764/17 de la SL CSJ.



En el presente caso, la Sala considera que no existieron razones atendibles para que la entidad hubiera desconocido la naturaleza de la relación laboral, por lo que su renuencia a reconocer la verdadera naturaleza contractual subordinada es indicativa de la mala fe en su actuar que justifican la imposición de esta condena, por tanto se aparta del argumento dado por el fallador de primera instancia al absolver a la pasiva del reconocimiento y pago de dicho emolumento, al aducir que su buena fe devenía del errado convencimiento de mantener un contrato de prestación de servicios con el hoy demandante.

Maxime si se tiene en cuenta que son múltiples los pronunciamientos realizados por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, frente a personas en idénticas condiciones que el hoy demandante, verbigracia en sentencia del 26 de octubre de 2016, radicación 47870, señaló sobre el particular que: *“los contratos aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole”.*

De igual manera, se tiene que dicha indemnización moratoria debe ser limitada hasta la extinción definitiva del ISS, pues a partir de dicha data se presenta una inimputabilidad de la mora. Sobre el particular la SL CSJ en sentencia del 23 de enero de 2019, radicación 71.154, señaló: *“La sanción moratoria operará hasta la liquidación de la entidad responsable, esto es, hasta la suscripción del acta final de liquidación del ISS que fue publicada en el Diario Oficial 49470 del 31 de marzo de 2015. Como quiera que la entidad existió hasta la fecha indicada, es hasta ese momento que debe liquidarse la sanción, pues con posterioridad a esa data el instituto perdió toda posibilidad de dar*



cumplimiento a las obligaciones que pudieses estar a su cargo [...] La Sala subraya que con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015”.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que en reciente pronunciamiento realizado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL- 981 del 2019, se precisó que los 90 días con los que cuenta la entidad son calendario y no hábiles, dicha indemnización procede desde el 1° de marzo de 2013 (día 91), hasta el 31 de marzo de 2015 (liquidación del ISS), que corresponde a 751 días, que equivale a la suma de **\$32.385.523,2⁵**, por lo que será revocada la decisión de primera instancia para en su lugar, condenar a la pasiva al pago de dicho emolumento.

Finalmente, en lo tocante a la solicitud elevada en la alzada consistente en que se absuelva a la pasiva del pago de las costas procesales, basta indicar que estas operan de forma objetiva acorde lo reglado en el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición el artículo 145 del C.P.T y la S.S el cual impone la condena por las mismas a la parte vencida en juicio, razón por la cual, resulta patente que se impusieran a cargo de la convocada a juicio en primera instancia.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

⁵ Sanción Moratoria: \$43.123,2x751



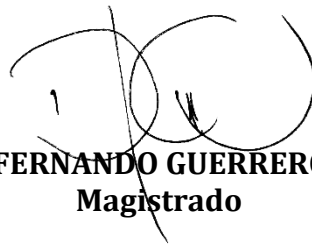
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero, de la sentencia proferida el 2 de diciembre del 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en lo tocante a la condena impuesta por concepto de auxilio de cesantías y compensación den dinero de las vacaciones, precisando que por el primer concepto la pasiva debe cancelar la suma de \$1.897.420,8 y por el segundo la suma de \$948.710,4

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia objeto de análisis en esta instancia, en lo atinente a la absolución impartida por concepto de la sanción moratoria, para en su lugar condenar a la convocada a juicio a reconocer y pagar al demandante por dicho concepto la suma de \$32.385.523,2.

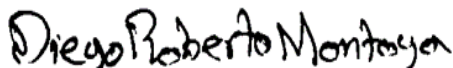
TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta, conforme con lo estudiado en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 24 2017 00042 03
Demandante: FAUSTO MENDOZA CAICEDO
Demandado: EXPRESO BOGOTANO ESBOZA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 8 de octubre de 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA

El señor *Faustino Mendoza Caicedo*, promovió demanda ordinaria en contra de *Expreso Bogotano Exbosa S.A*, para que se declare que la demandada es responsable del pago de los perjuicios materiales y morales causados por la acción cometida al momento de su despido el 16 de diciembre 2009, y de forma continua de dos años posteriores al finiquito.

Por daños materiales en la modalidad de lucro cesante, lo dejado de percibir desde el momento que fue despedido, esto es, el 16 de diciembre de 2009, hasta el 16 de diciembre de 2011, valores que se establecen teniendo en cuenta un S.M.L.M.V. para un total de \$12.607.200.

Daño emergente, con ocasión a los gastos que tuvo que verse en curso al tener que activar el aparato judicial para que a través de un fallo se observe la legalidad de su licencia de conducción equivalente a la suma de \$2.000.000.

Por daños morales entendidos como el dolor, angustia, tristeza, pesares presentes y futuros, como quiera que ninguna empresa lo quiso vincular laboralmente debido a las manifestaciones deshonorosas dadas por la encartada a diferentes empresas en que pretendía trabajar. Igualmente, al sentirse con cargo de conciencia por las manifestaciones realizadas al momento de su despido, y al ver que no podía satisfacer



sus necesidades diarias y básicas para el sostenimiento propio y el de su familia, los cuales ascienden a la suma de \$20.000.000.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que prestó servicios personales a favor de la encartada, siendo despedido de manera injustificada el 16 de diciembre de 2009.

Que dicho finiquito se justificó en virtud de una supuesta falsedad en cuanto a la licencia de conducción, despido que fue declarado injustificado mediante sentencia judicial emanada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso con radicación No. 2011-00901, sin que en esta decisión se hubiese condenado por el lucro cesante, daño emergente, o algún perjuicio de carácter moral.

Seguidamente, adujo que durante el tiempo que fue despedido, la demandada realizó manifestaciones temerarias y contrarias a la realidad, pues le informaba a las diferentes empresas en las que pretendía entrar a laborar, que fue despedido por falsificación de documentos.

Que duró sin trabajo dos años por lo que no recibió ingresos, lo que se transforma en lucro cesante con ocasión al despido injustificado y sobre las malas referencias para conseguir empleo.

Que varias de las empresas donde presentó su hoja de vida fueron *Sotrandes S.A., Metro Cali, Vinos Casa Sarmiento e Icolbus*, en las que no se pudo vincular como consecuencia de las malas referencias.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la reclamación de perjuicios morales por vía ordinaria, debe provenir de manera directa de la conducta del empleador de generar un daño con la terminación del contrato de trabajo.

Ahora, es el mismo demandante el que indica en los hechos y pretensiones de la demanda que los perjuicios morales que reclama son causados por las recomendaciones negativas que se le han dado y que el detrimento económico es lo no solucionado por no acceder a un empleo, situaciones que permiten concluir que las exigencias de los perjuicios morales en realidad no se derivan de la decisión directa de la finalización del contrato de trabajo, sino que según lo indicado por el actor, proviene



de un hecho ajeno a la relación laboral como son los informes que afirman se generaron dando malas referencias, por lo que no hay lugar a las condenas solicitadas.

Formuló las excepciones de prescripción y la denominada inexistencia de la obligación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que esta Corporación en el presente proceso y con auto del 5 junio de 2018, declaró probada parcialmente la excepción de cosa juzgada en lo atinente a los perjuicios morales y materiales derivados de la terminación del vínculo contractual, y no probada frente a los perjuicios extracontractuales derivados de la conducta realizados por la demandada con posterioridad al fenecimiento del contrato de trabajo.

Luego argumentó no existir discusión con relación a la existencia del contrato de trabajo que ató a las partes, pues así lo aceptó la encartada en la contestación, así como que el despido sucedido fue el 16 de diciembre de 2009, sumado a que dentro del plenario reposa la carta de terminación del contrato que emitiera la pasiva, mismos aspectos que fueron decididos por esta Corporación en pretérito proceso mediante sentencia proferida el 10 de febrero de 2013, en la que además se declaró que no existía justa causa para la terminación del contrato y que el salario del actor era el mínimo legal mensual vigente.

En lo que respecta a las manifestaciones temerarias alegadas por el demandante con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, concluyó que el demandante en atención de la carga probatoria que le incumbe según los preceptos del artículo 167 del C.G.P., no logró demostrar sus dichos.

Ello por cuanto, del material probatorio analizado en conjunto, no se observó que la demandada incumpliera con sus obligaciones, especialmente las señaladas en el numeral 8º del artículo 59 del C.S.T, pues no quedó acreditado demostrado que la accionada emitiera malas referencias a las empresas donde el demandante presentó su hoja de vida con el fin de ingresar a laborar con posterioridad al 16 de diciembre de 2009 cuando finalizó el contrato del demandante, por cuanto los dichos de los testigos no mostraron tales aspectos, sumado a que consultado el registro de afiliaciones, se pudo constatar que el actor estuvo afiliado a Riesgos Laborales el 10 de octubre de 2010 con Liberty Seguros de Vida S.A y a la Caja de Compensación Compensar para el 28 de



enero de 2010 y el 16 de febrero de 2013, concluyendo que en efecto el demandante laboró para dichos periodos.

Sumado a lo anterior, sopesó su argumento de absolución en el hecho que al haber culminado el contrato de trabajo el 16 de diciembre de 2009, y en razón a que la demanda se presentó el 7 de diciembre de 2016, ya había transcurrido el término de los tres años que refieren los artículos 488 y 489 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S., por lo que operó el fenómeno prescriptivo.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Argumentó que la *a-quo* no tuvo en cuenta el testimonio rendido por el representante legal de *Vinos Casa Sarmiento*, pues con el mismo, se ratifica que este como posible empleador en su momento ratifica que en efecto la demandada sí recibió llamadas en las que se advierte las manifestaciones temerarias.

Que en lo que respecta al tema de la prescripción, al encontrarnos en un asunto de responsabilidad extracontractual, por lo cual no se aplica la norma de acreencias laborales sino por el ordenamiento jurídico propio de la responsabilidad civil.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Atendiendo los planteamientos del recurso de alzada, habrá de determinarse (i) si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los perjuicios derivados de la presunta conducta realizada por la demandada, dadas las manifestaciones temerarias y malas referencias que suministró a las sociedades a las que pretendía ingresar a laborar; y (ii) si procede la excepción de prescripción.

c. Del caso en concreto:



Previo a abordar el problema jurídico, es menester acotar que se adelantó entre las partes proceso ordinario de primera instancia bajo el consecutivo No. 2012-00901, en el cual el demandante solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo y por consiguiente, el reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa, horas extras, dominicales y festivos, aportes al sistema general de seguridad social en pensiones y la indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Como consecuencia de lo anterior, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito Laboral de Bogotá en sentencia proferida el 25 de septiembre de 2013, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, por el periodo comprendido entre el 26 de enero de 2005 y el 16 de diciembre de 2009, en virtud del cual el señor *Faustino Mendoza Caicedo* desempeñó el cargo de Operador de Servicio de Buseta, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. Seguidamente, en sede de apelación presentada por el demandante, esta Corporación, siendo el primero referido ponente de la decisión, mediante sentencia proferida el 10 de diciembre de 2013, revocó la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a *Expreso Bogotano S.A. Exbosa S.A.* al pago de la sanción por despido sin justa causa; todo ello se colige de las respectivas sentencias allegadas en medio magnético (Fl 101 a 102).

Ahora, en el transcurso del presente proceso, la falladora de instancia en diligencia proferida el 24 de abril de 2018 declaró no probadas las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia, cosa juzgada e indebida representación del demandante, y en apelación interpuesta por la encartada, esta Corporación en decisión del 5 de junio de 2018 revocó parcialmente la decisión por la *a-quo* respecto de la excepción de cosa juzgada, en el sentido de declararla probada parcialmente, en lo atinente a los perjuicios morales y materiales derivados de la terminación del vínculo contractual culminada el 16 de diciembre de 2011, habilitando que lo pretendido en el *petitum* por los perjuicios morales y materiales alegados por el demandante debían estudiarse con posterioridad al finiquito de la relación laboral, por tratarse de un tema post contractual del contrato de trabajo, en tanto, con anterioridad, ya se había solucionado lo respectivo dentro del proceso 2012-00901 cuando se condenó a la pasiva con la sanción por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T (Fls. 109 a 11115 y 121 a 123, incluyendo medios magnéticos)

Luego, este tribunal nuevamente en sede de apelación frente a la decisión del 21 de mayo de 2019, confirmó la negativa de la falladora de instancia frente a la actuación del 5 de febrero de 2019, en la que se negó la prueba solicitada por la parte demandante relativa a oficiar al Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá para que allegara copias del proceso 2011-00901, y se oficiara a varias empresas para que certificaran si el demandante había presentado hoja de vida y el motivo por el cual no fue contratado



a su actual empleador para que remitiera el contrato laboral suscrito a los fondos de cesantías y EPS, a efectos de demostrar que el promotor de la litis no cotizó durante dos años, al igual que se negó la incorporación de las planillas de seguridad social aportadas por la demandada con el objeto de probar que tuvo vinculaciones laborales en las anualidades que estuvo cesante, debido a que las mismas se había allegado de manera extemporánea y que obran a folios 128 a 145.

Asentado lo dicho, es menester actor que no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremo final de la relación el día 16 de diciembre de 2009, prueba de ello son los audios de las sentencias de primera y segunda instancia dentro del proceso No. 2012-00901, así como la aceptación al hecho primero de la demanda realizado por la pasiva en la contestación de la demanda junto con la copia de la carta de culminación del vínculo (Fl 104).

Ahora bien, el accionante depreca el reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales, con ocasión de haber incurrido la accionada en una campaña de desprestigio al dar malas referencias que truncaron sus posibilidades laborales. Por ende, le correspondía a la parte demandante acreditar además del hecho dañoso antes expuesto, la culpa y el nexo de causalidad.

Sobre el particular, el numeral 8º del artículo 59 del C.S.T. preceptúa:

“ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS {EMPLEADORES}. *Se prohíbe a los {empleadores}:*

“8. Emplear en las certificaciones de que trata el ordinal 7o. del artículo 57 signos convencionales que tiendan a perjudicar a los interesados, o adoptar el sistema de “lista negra”, cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio.”

Por su parte el numeral 7º del artículo 57 del C.S.T. dispone:

“ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}. *Son obligaciones especiales del {empleador}:*

“7. Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración de contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado; e igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico. Se considera que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurrido cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta donde el médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente.”

Se igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación No. 28867 del 28 de noviembre de 2006, señaló:



“El censor intenta probar la existencia de una supuesta “lista negra” o de un “código del silencio”, lo que vulneró el derecho fundamental a la honra y a un trabajo digno y justo del actor [...]

“Ciertamente nuestra legislación laboral, en el numeral 8 del artículo 59 del C.S.T, es categórica en prohibir cualquier manifestación de lista negra laboral, toda práctica empresarial que por cualquier medio conduzca al señalamiento de quienes fueron sus trabajadores con el propósito de obstaculizar o excluirlos del mercado laboral, por cuanto su trasgresión se constituye en la violación de los derechos fundamentales del trabajo, al buen nombre. La tutela de la dignidad humana del trabajador obliga sancionar la mala intención del empleador al suministrar la información sobre el retiro del trabajador por parte del empleador, y a prevenir, mediante restricciones al contenido de la misma, su mal uso por parte de otros empleadores en el respectivo sector económico.

Ahora bien, a folio 104 yace la carta de terminación del contrato de trabajo, en la que la encartada decidió poner fin al contrato de trabajo, con la siguiente motivación:

“1. Tal como usted lo acepta en sus descargos usted no acudió a las entidades establecidas para tal fin de refrendar su licencia de conducción, por el contrario, según su relato le solicitó el favor a un tercero que le realizara esta gestión, hecho que dio como resultado que usted al día de hoy no cuente con una licencia debidamente expedida por las entidades de tránsito y transporte.

“2. Adicionalmente, el día 2 de diciembre de 2009 conduciendo el móvil No. 15471 en la ruta 291 chocó el vehículo que se encontraba delante ocasionándole lesiones a dos pasajeros del citado vehículo y daños materiales a éste como al vehículo que usted conducía. Una vez levantado el croquis y expedido el comparendo correspondiente se estableció que el accidente se originó por no guardar la distancia debida con el vehículo que se encuentra adelante del que usted conducía.

“3. Lo anterior constituye una violación a sus deberes y obligaciones pactadas contractualmente, así como una violación a sus deberes y obligaciones como conductor de servicio público, hechos que pusieron en peligro la vida de los pasajeros que transportaba, la suya, así como los del vehículo que invistió.

“4. Lo anterior constituye justa causa conforme lo previsto por el artículo 7 literal a) No. 6 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el No. 1 del artículo 58 del C.S.T.”

Se recibió el testimonio del señor *Pedro Sarmiento Vega*, representante legal de *Vinos Casa Sarmiento*, quien manifestó que conoció al demandante en el año 2011 a través de un amigo que se lo recomendó para laborar en su empresa, por lo que le solicitó una hoja de vida porque en su momento necesitaba que le distribuyeran mediante vehículo materias primas para pastelerías.

Que en la hoja de vida que le allegó el actor aparecía como último empleador la demandada, por lo que en aras de recibir recomendaciones se comunicó con la encartada vía telefónica aproximadamente entre los meses de septiembre y octubre de 2011, quien le manifestó a través de la señora *María de los Ángeles Albino* que no



recomendaba al señor *Faustino Mendoza Caicedo* por cuanto tenía una licencia de conducción falsa, lo que conllevó a no contratarlo.

Indicó que no tiene ninguna relación comercial con el demandante, no realizó alguna consulta respecto de la licencia de conducción del actor ante las páginas del SIT, puntualizando que la demandada era la última empresa que aparecía en la hoja de vida del actor.

También se recaudó el testimonio de *María de los Ángeles Albino Espines*, Coordinadora de Recursos Humanos de la Unión Temporal Gestión Móvil, que a su vez administra la parte de recursos humanos de la demandada, la cual indicó que conoció al demandante como trabajador de la empresa a quien se le terminó su contrato en el mes de diciembre del año 2009.

Dijo no recordar que luego de finalizado el contrato de trabajo con el demandante alguna empresa hubiese llamado a pedir referencias, precisando igualmente que en el área de recursos humanos no están autorizados para dar referencias de los trabajadores ya que su única función es la de certificar las fechas de ingreso y de retiro de cada uno de ellos.

Mencionó que para los años 2010 a 2011, la recepcionista era *Martha Deisy Zamudio*, así como que el sistema con que cuentan al momento de emitir certificaciones laborales lo único que emite es la fecha de ingreso del trabajador, la de retiro y el salario, siendo ella la única autorizada para emitir dichas certificaciones.

Que no tiene conocimiento si algunos de los representantes de la demandada hayan emitidos alguna referencia del demandante, así como que los motivos por los que al actor se le terminó el contrato de trabajo fueron por un accidente de tránsito al no guardar la distancia necesaria, aunado a que la licencia de conducción que aportó no registraba en la página de la Secretaría de Tránsito.

El representante legal de *Expreso Bogotano S.A. Exbosa*, dijo en su interrogatorio de parte que la razón del despido del demandante fue con ocasión a que su licencia de conducción no registraba en el sistema de transporte y por los accidentes de tránsito que le sucedieron, culminándose el contrato el 16 de diciembre de 2009. Que tiene conocimiento que la demandada recibió llamadas en donde le hubiesen solicitado referencias del demandante.

A su turno, el demandante expuso en su interrogatorio de parte que trabaja en la empresa *Masivo Capital* desde el 18 de febrero de 2013, que entre el mes de febrero de 2010 y el año 2013 le dieron trabajo en la empresa *Cooranspensiylvania*, sin que haya



podido firmar contrato porque llamaron a la empresa demandada y dieron malas referencias de él.

Luego, en el año de 2010 presentó su hoja de vida a la empresa *Rápido Pensilvania*, laboró igualmente 15 días y luego le manifestaron que no había sido seleccionado sin dársele los motivos, por lo que se quedó desvinculado laboralmente hasta el 13 de diciembre de 2013 cuando consiguió trabajo en la empresa ETB donde laboró un año.

Por último, mencionó que trabajó en la empresa *Lily Plasta* quince (15) días y en la empresa *Seleccionemos Ltda.* laboró entre el 13 de diciembre y el 4 de diciembre de 2013, empresas todas en las que su actividad fue la de conductor.

Del caudal probatorio referenciado, puedo concluir la Corporación que el demandante no logró demostrar que la encartada hubiese incumplido sus funciones como empleador, en especial las malas recomendaciones que alega se le suministró a diferentes empresas luego de la terminación del contrato de trabajo que sucedió el 16 de diciembre de 2009, a efectos de que no se pudiese vincular laboralmente

Esto por cuanto, como lo confesó el mismo demandante en el interrogatorio de parte rendido, fue enfático en resaltar que, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo y por lo menos dentro de los dos años siguientes, sí tuvo vinculaciones contractuales con otros empleadores, de ahí que no encuentre congruencia la Sala con lo sostenido en la demanda en el sentido de que no hubiese tenido vinculaciones laborales, situaciones que se acompañan con la consulta realizada al registro de afiliaciones, en la que se puede apreciar que el demandante estuvo afiliado a riesgos profesionales el 10 de octubre de 2010 a través de Libety Seguros de Vida y con la Caja de Compensación Familiar Compensar el 28 de enero de 2010 y el 16 de febrero de 2013.

Además, si bien enfatizó el actor que la falta de continuidad laboral con esas empresas surgieron como consecuencia de las malas referencias dadas por la pasiva, no obra prueba que acredite sus dichos, por lo que lo allí manifestado se cae de peso, ya que ni siquiera se aportaron las presuntas hojas de vida en las que se acredite lo manifestado.

Además, si bien el testimonio del señor *Pedro Sarmiento Vega*, representante legal de *Vinos Casa Sarmiento*, dijo que efectuó una llamada a la encartada quien a través de la señora *María de los Ángeles Albino* referenció mal al demandante aduciendo una falsificación en su licencia de conducción, sus dichos no se acompañan con la realidad procesal que obra en el plenario toda, toda vez que la declaración de la señora *María de los Ángeles Albino Espinel*, fue precisa en señalar que no recibió llamadas para



referenciar al demandante con otros empleadores, máxime si como área de talento humano no están autorizados de suministrar información del personal a cargo, por lo cual no existe prueba fehaciente del hecho dañoso aducido por activa.

Aunado a lo dicho, debe recalcar que el demandante se aqueja porque la encartada manifestó a diferentes empleadores que su licencia de conducción era falsa, situación que tampoco guarda congruencia con la motivación que se le realizó en la carta de terminación del contrato de trabajo, ya que lo ahí indicado no relata falsificación alguna, sino que la licencia no aparecía en los registros de la Secretaría de Transporte.

Ahora bien, si bien ante la inexistencia del derecho reclamado no resultaba menester analizar la excepción de prescripción, la cual no obstante fue estudiada en primera instancia y fue objeto de apelación, se debe señalar que contrario a lo manifestado por el actor, la misma operaría en el presente asunto, como quiera que en los hechos de la demanda no refiere fechas en las que supuestamente se hicieron llamadas negativas de recomendación laboral, y al contrario del supuesto fáctico se establece que el hecho dañoso se hace derivar de la culminación del contrato de trabajo, que como ya se dijo sucedió el 16 de diciembre del año 2009, siendo palmario que las reglas de prescriptibilidad sean las dispuestas en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y el artículo 141 del C.P.T. y de la S.S., y no de otras disposiciones legales.

Y es así que por haber acaecido el contrato de trabajo de trabajo el 16 de diciembre de 2009, el demandante contaba con el término de tres años para haber iniciado el aparato judicial actuar que llevó a cabo solo hasta el 25 de enero de 2017 según se aprecia del acta individual de reparto (Fl. 28), circunstancia por la cual, la decisión de primer grado se confirmará en su integridad. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN:

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

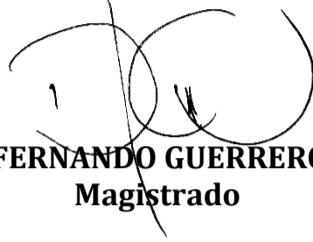
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 8 de octubre de 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

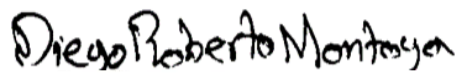


SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

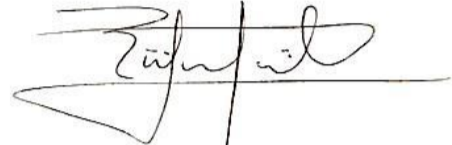
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 11 2017 00079 01
Demandante: EDWIN RICARDO CASTELLANO CASTRO
Demandado: CONSORCIO EXPRESS S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

El señor *Edwin Ricardo Castellanos Castro*, promovió demanda ordinaria en contra del *Consortio Express S.A.S*, con la finalidad que se declare que se encuentra cobijado por el fuero circunstancial por cuanto la empresa no ha tenido voluntad de negociación colectiva según se demuestra en la Resolución No. 04960 del 7 de noviembre de 2014, de ahí que debe ser reintegrado en el mismo cargo y con las mismas condiciones que tenía al momento de ser despedido.

Por consiguiente, se condene a la encartada a pagar sin solución de continuidad los salarios dejados de percibir hasta la fecha del reintegro, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, aportes parafiscales, y daños y perjuicios de manera subsidiaria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que ingresó a laborar con la encartada el 16 de julio 2015 en el cargo de Inspector de Operaciones Troncal, teniendo como salario mensual la suma de \$1.803.822.

Que el 31 de marzo del año de 2017, se afilió a la Unión General de Trabajadores del Transporte en Colombia – Ugetrans Colombia.



Seguidamente, resaltó que el 16 de mayo de 2016 y mediante comunicación escrita, le explicó a su superior *Juan Pablo Meneses* los motivos de su inasistencia a trabajar el día anterior que sucedió como consecuencia del fallecimiento de su hermano menor.

Que en virtud de ello, la pasiva lo citó a descargos el 26 de mayo de 2016, acudiendo a dicha diligencia el 1º de junio de 2016, diligencia que se dio con ocasión de la inasistencia a laborar entre el 5 y 15 de mayo de 2016.

Adujo que por ser miembro de la organización sindical Unión General de Trabajadores del Transporte en Colombia – Ugetrans Colombia, venía siendo víctima de acoso laboral por el señor *Henry Franco*, por lo que el 15 de junio de 2016 puso en conocimiento dicha situación a la encartada, a pesar de ello, el 1º de julio de 2016 le fue terminado su contrato de trabajo.

Lo anterior conllevó a que presentara acción de tutela en contra de la demandada, por lo que en sentencia de tutela proferida en segunda instancia el 19 de agosto de 2016 por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, se ordenó reintegrarlo transitoriamente al cargo que venía desempeñando o a uno de similares condiciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones endilgadas en su contra frente al reintegro pretendido, pues adujo que el actor ingresó a laborar el 16 de julio de 2015, finiquito que sucedió con ocasión a la terminación del contrato por justa causa el 1º de julio de 2016, donde desempeñó el cargo de Inspector de Operaciones, decisión que se motivó en una serie de acontecimientos respecto de los cuales al actor se le efectuaron diligencias de descargos por incumplimiento a sus labores, por lo que el despido se ajusta a derecho.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, buena fe, mala fe del demandante, pago, prescripción, compensación, y la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, resaltó que entre las partes en efecto existió un contrato de trabajo en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de



Inspector del Patio Troncal, así como que con posterioridad, el actor fue reintegrado al cargo como consecuencia de una orden de tutela, renunciando con posterioridad por motivos personales a partir del 1º de febrero de 2017.

Frente al fuero circunstancial alegado, concluyó que el demandante no tenía derecho al mismo, por cuanto del conjunto probatorio aportado, se pudo constatar que las etapas de arreglo directo se presentaron desde el 25 de septiembre hasta el 14 de octubre de 2014, y con posterioridad se sometieron al tribunal de arbitramento, autoridad que el 11 de marzo de 2016 profirió el laudo arbitral con el que sin lugar a dudas finiquitó el conflicto colectivo de forma definitiva, por lo que al haberse despedido el actor en junio de 2016, ya no contaba con la garantía del fuero circunstancial.

Manifestó que no había lugar a estudiar la justeza del despido, como quiera que la indemnización por tal hecho no fue solicitada como pretensión, ni fue debatida dentro del trámite procesal, motivo por el cual no era procedente su revisión en atención de las facultades *ultra y extra petita*.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión, indicando que al momento del despido se encontraba activo el conflicto colectivo según lo advierten las pruebas de la demanda.

De otra parte, adujo que si bien renunció al cargo, dentro de las facultades *ultra y extra petita*, el *a-quo* debió abordar la justeza del despido y haber condenado a la encartada de la sanción por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del C.S.T., máxime si quedó probado que según el comprobante de pago de cinco días de permiso remunerado, se logra acreditar la razón de la ausencia entre el 5 y 15 de mayo 2016, de ahí que hubiesen sido justificados.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, el problema jurídico se circunscribe a determinar en primer lugar, si el demandante es beneficiario del fuero



circunstancial con el fin de que proceda el reintegro pretendido, junto con el pago de acreencias laborales.

En segundo lugar, la Sala analizará si es procedente analizar el estudio de la sanción por despido sin justa causa.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los problemas jurídicos aludidos, es pertinente manifestar que no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2015 y el 29 de junio de 2016, según lo dispuso el *a-quo*, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Inspector de Operación, prueba de ello es la copia del contrato de trabajo, la carta de terminación emitida por la encartada con la justificación de que fue un despido con justa causa y la certificación laboral proferida por la pasiva el 11 de julio de 2016 (Fls. 103 a 107, 113 a 114 y 117).

Otra situación que no fue controvertida, fue el hecho que posterioridad al finiquito ya referido, el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia de tutela, ordenando el reintegro del demandante de manera transitoria, al encontrarse vulnerado el derecho fundamental de asociación sindical (Fls. 20 a 47), como tampoco el hecho que, por dicha orden tutelar, el actor fue reintegrado nuevamente el 8 de septiembre de 2016 para desempeñar el cargo de Asistente de Operaciones, según da fe el acta de cumplimiento fechada el mismo 8 de septiembre de 2016, en concordancia con la certificación emitida por *Consortio Express S.A.S.* el 21 de abril de 2017 (Fls. 17 y 146 a 147).

Tampoco el hecho que el demandante con posterioridad al reintegro, presentó renuncia al cargo el 30 de enero de 2017 por motivos ajenos a la compañía, lo que conllevó a que la pasiva la aceptara con efectos a partir del 1º de febrero de la misma anualidad, en carta adiada el 3 de mayo de 2017 (Fls. 108 y 109).

Puestas así las cosas, se adentra la Sala a analizar la figura del fuero circunstancial regulado en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que a la letra reza:

“ARTICULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”.



Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3344-2020, Radicación No. 82156 del 26 de agosto de 2020, hizo un análisis del fueron circunstancial, exponiendo lo siguiente:

*“Desde un punto de vista teleológico, el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos con ocasión de un procedimiento de negociación colectiva. Su finalidad es la protección de los trabajadores frente a represalias antinsindicales orientadas a lesionar el derecho a la negociación colectiva en el ámbito empresarial. De esta forma, el fuero circunstancial es una medida legal encaminada a hacer real el principio derivado del Convenio No. 98, según el cual ninguna persona debe ser objeto de discriminación o perjudicada «en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en **actividades sindicales**» (art. 1.º).*

“Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el fuero circunstancial es esencial para la protección del derecho de sindicación y la libertad sindical, en la medida que «evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, le permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias» (CSJ SL3317-2019).

“En definitiva, el fuero circunstancial busca disuadir al empresario de adoptar represalias contra los trabajadores inmersos en un procedimiento de negociación colectiva, a la vez que garantiza a estos su derecho a la negociación voluntaria, libre y emancipada del temor a la pérdida del empleo”.

En resumidas cuentas, la esencia del fuero circunstancial es que se otorgue la estabilidad al empleo de aquellos trabajadores mientras exista un proceso de negociación colectiva en curso, como quiera que este resguardo incluso es óbice de amparo en pacto internacionales como lo es el Convenio 98.

Descendiendo al caso de marras, de las pruebas arrimadas al proceso, yacen dos documentales trascendentales para la presente decisión, la primera se circunscribe al Acta de inicio de la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva entre la Organización Sindical Unión General de Trabajadores del Transporte de Colombia – UGETRANS y la empresa demandada, documento que advierte que el inicio de esta etapa sucedió el 25 de septiembre de 2014 y que a su vez determina su finalización el 14 de octubre de 2014 (Fl. 123).

La segunda documental gira en torno al Acta de finalización de la etapa de arreglo de la negociación sucedida por los sujetos ya referidos, en la que se ratifica que en efecto la culminación de la negociación se dio en la calenda del 14 de octubre de 2014 (Fl. 122).

Ahora bien, a pesar de que en el plenario no milita el pliego de peticiones que le fuese radicado a la empresa, como lo sostuvo el fallador de instancia, de la copia aportada por la demandada referente al fallo del tribunal de arbitramento que se emitirá el 11 de



marzo de 2016, se extrae de su acápite de antecedentes que el pliego lo presentó la organización sindical el día 9 de septiembre de 2014, fallo que por demás en sus consideraciones es concordante con las fechas de inicio y terminación de las etapas de arreglo directo referidas en precedencia (Fls. 124 a 145).

Así las cosas, se puede concluir que si bien la encartada estuvo atada en su momento a una negociación colectiva, el demandante no puede alegar que hubiese estado amparado por el fuero circunstancial pretendido, toda vez que como se colige del caudal probatorio analizado, para el momento en que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio emitió fallo, esto es, el 11 de marzo de 2016, ya existía una decisión definitiva de lo allí acordado, y al haber sido despedido el señor *Edwin Ricardo Castellanos Castro* el 29 de junio de 2016, es palmario que la finalización del contrato de trabajo ocurrió con más de tres meses de la data del finiquito de la negociación; circunstancia por la cual, resulta inoperante el reintegro de conformidad con los argumentos expuestos.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que dentro del asunto que ocupa a la Sala, también puede decirse que existió una carencia actual de objeto, ya que el actor al haber presentado renuncia al cargo el 30 de enero de 2017, aprobada por la encartada a partir del 1º de febrero de la misma anualidad (Fls. 108 a 19), es decir luego de ser reintegrado por el amparo de la acción de tutela, carecía de fundamentos para que se siguiera manteniendo la garantía foral pretendida, como quiera que fue él mismo quien irrumpió con el contrato de trabajo.

De estudio de la sanción por despido sin justa causa:

La parte demandante expone en su apelación que el *a-quo*, atendiendo la facultad *ultra y extra petita*, no analizó la justeza del despido para así proceder con el pago de la sanción por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del C.S.T.

Debe manifestarse al respecto, que como lo sostuvo el Juez primigenio, de una parte, dicha pretensión no fue solicitada con la demanda, y por otra, este aspecto no fue debatido a lo largo del proceso, ni incluso fue reprochado en la fijación del litigio de que trata la audiencia del artículo 77 del C.P.T y de la S.S., por lo que no puede estimar el actor que sus argumentos sean de resorte en esta instancia ya que lo alegado no es competencia del Juez Colegiado, sumado a que iría en contravía del principio de consonancia.

Así lo ha asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones, siendo una de ellas la sentencia SL3376-2020, Radicación No. 78597 del 8 de septiembre de 2020, en la que se expuso:



“v) Adicional a todo lo precedente, aunque la censura se limita a citar el artículo 50 del CPTSS, referente a las facultades ultra o extra petita del juez, sin aducir mayores argumentos acerca de la presunta violación de dicho precepto legal, es menester resaltar que el Tribunal no incurrió en error alguno al afirmar que no tenía esa facultad, dado que, en efecto, esta potestad recae exclusivamente por regla general en el juez de única o primera instancia”.

Y más adelante puntualizó:

“En este punto, es necesario precisar que, si bien esta Sala indicó en anteriores oportunidades, tales como en la sentencia CSJ SL2808-2019, rad. 69550, que dicha potestad de proferir fallos ultra o extra petita podía recaer excepcionalmente en los jueces de segunda instancia cuando se tratara de derechos mínimos irrenunciables; lo cierto es que, esta posición fue recogida ulteriormente, en el sentido de que las aludidas facultades recaen única y exclusivamente en el juez de única o primera instancia y la Corte resaltó que el carácter de irrenunciable de un determinado derecho no es fundamento para que un tribunal dicte sentencia por fuera del marco del proceso. Verbigracia, en la sentencia CSJ SL3790-2019, rad. 74815, esta Corporación explicó ampliamente lo siguiente:

“El juez de única o el de primera instancia, según el caso, puede excepcionalmente salirse de las pretensiones del actor, cuando en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 50 del CPTSS, impone condenas extra o ultra petita, es decir, por fuera o por más allá de lo pedido.

“Esa facultad, sin embargo, no es propia de los jueces laborales de segunda instancia, como lo ha dicho esta Corporación en innumerables oportunidades, y como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 1998 que decidió sobre la exequibilidad del mencionado artículo 50, limitando esa posibilidad a los jueces de única o de primera instancia.

“Lo anterior responde al llamado principio de congruencia, que en sentencia SL2010-2019, radicación 45045 del 05 de junio de 2019, sobre las facultades extra o ultra petita, la Corte Suprema precisó lo siguiente:

“En ese sentido, en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a las partes, además de un correlato de derechos fundamentales de gran importancia, como el debido proceso. Vale la pena aclarar, no obstante, que estas reglas procesales encuentran excepciones precisas en las facultades del juez de primera instancia de emitir fallos ultra o extrapetita; en el grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador y de ciertas entidades del Estado; y, en general, en el imperativo de hacer prevalecer el derecho sustancial en tratándose de derechos mínimos fundamentales e irrenunciables de trabajadores y afiliados al sistema de seguridad social.

“[...]”

“La irrenunciabilidad de los derechos laborales tampoco es fundamento válido para que el tribunal dicte sentencia por fuera del marco del proceso y de los límites que le fije la parte inconforme con la decisión de primera instancia en el recurso de apelación, pues una cosa es que un derecho esté revestido de ciertas características especialísimas, y otra, muy distinta, es que por esa causa, el juez pueda resolver a su arbitrio sin tener en cuenta la posición de las partes en el proceso, y sin perjuicio de las precisas facultades legales que le permitan salirse de ellas, como es el caso del citado artículo 50 del C.P.T. y S.S” (subraya la Sala).

De lo dicho, no queda más que concluir que no puede este cuerpo Colegiado pronunciarse de la justeza del despido para posteriormente analizar la sanción por despido sin justa causa al no haberse solicitado desde el inicio del petitum, aspectos



todos que conllevan a confirmar la sentencia de primera instancia en su integridad. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN

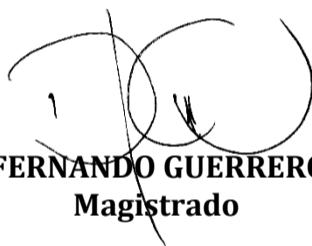
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

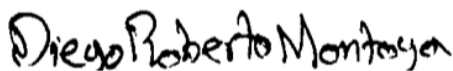
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

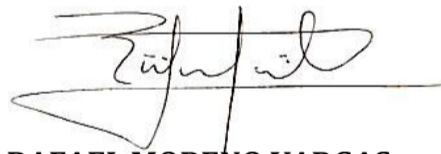
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 20 **2017 00379 01**
Demandante: JOSUÉ MAURICIO SIERRA CARO
Demandado: CONSTRUCARO S.A.S, MARÍA CRISTINA CARO
PELÁEZ, OSCAR HERNANDO CARO SÁNCHEZ
Y HEREDEROS DETERMINADOS E
INDETERMINADOS DE GILBERTO CARO
BALLÉN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Josué Mauricio Sierra Caro*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad *Construcaro S.A.S*, y solidariamente con los accionistas *María Cristina Caro Peláez*, *Oscar Hernando Caro Sánchez* y herederos determinado e indeterminados de *Gilberto Caro Ballén*, con vigencia entre el 1º de agosto de 2012 y el 1º de agosto de 2015; en consecuencia se los condene al pago de auxilio de cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, intereses a las cesantías, dotación, auxilio de transporte, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que la sociedad *Construcaro S.A.S* tiene por objeto social la preparación de terreno, el transporte de carga por carretera y demolición, fungiendo como accionistas *María Cristina Caro Peláez*, *Oscar Hernando Caro Sánchez* y *Gilberto Caro Ballén* (Q.E.P.D.); que el 1º de agosto de



2012 suscribió contrato verbal de trabajo a término indefinido, desempeñándose como conductor volqueta doble troque, en la jornada laboral de lunes a viernes de 4:00 a.m. a 6:00 p.m. y sábados de 4: a.m. a 4:00 p.m., laborando en tiempo suplementario; que el salario ascendió a \$1.200.000; que no le fue suministrada dotación alguna ni fue afiliado en debida forma al Sistema Integral de Seguridad Social.

Que el 1º de agosto de 2015 fue despedido sin justa causa, adeudándose el salario del mes de la segunda quincena del mes de julio de 2015, las prestaciones sociales, el tiempo suplementario, intereses a la cesantía y compensación de vacaciones;

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *Construcaro S.A.S*, operó la *litis contestatio* señalando que el accionante prestó servicios en calidad de contratista de transporte de material en la volqueta de placas THY 395, lo cual se acredita con las respectivas cuentas de cobro; que no es cierto que haya cumplido un horario de trabajo ni que se le hayan impartido órdenes; que la afiliación que se hizo al Sistema General de Seguridad Social obedeció a que “*son familiares*”; que el contrato de prestación de servicios culminó por diversos inconvenientes y conflictos familiares, de lo cual da cuenta la investigación penal que cursa en la Fiscalía 288 Local de Bogotá; finalmente que los honorarios se pagaban, previa presentación de la cuenta de cobro.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la relación laboral pretendida, falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de competencia.

Por su parte *Oscar Hernando Caro* contestó la demanda por conducto de *curador ad-litem*, señalando que en virtud de la Ley 258 de 2008, los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas no responden de manera solidaria con su patrimonio; finalmente, que no le constan los hechos de la demanda.

Propone como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo debido, inexistencia de solidaridad, prescripción, compensación y la genérica.



Los restantes accionados no contestaron la demanda en el término conferido para tal efecto.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de febrero de 2020, absolvió a los accionados y condenó en costas al actor.

Como sustento de su decisión, indicó que se acreditó la prestación personal del servicio con las cuentas de cobro así como la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que se presume que la relación laboral se rigió por un contrato de trabajo. No obstante, dicha presunción se desvirtuó, toda vez que las pruebas dan cuenta que el actor se desempeñó de manera independiente. En efecto, la representante legal de la sociedad accionada refirió que el accionante no fungió como trabajador y el carné se entregó en aras de identificarse en algunas obras; de igual manera que la afiliación se dio como un favor personal, frente a la solicitud que elevara el actor; por otra parte el testigo *Abelardo Corredor Sáenz* dijo que le consta que el actor conducía una volqueta y se identificaba con el carné de la sociedad accionada; que lo observaba cada 15 días, sin constarle la manera en que se desarrolló la contratación ni si el actor devengaba salario; el señor *Raúl Puin Cruz* refirió que el actor laboraba para la accionada, lo cual le consta por los comentarios del mismo demandante; finalmente el señor *José Fernando Pérez Palacio*, señaló que lo conoció al demandante por ser familiar del señor Gilberto Caro Ballén (Q.E.P.D.), quien le cedió un vehículo para que lo manejara, prestando servicios de extracción de escombros; que se exigía afiliación al Sistema General de Seguridad Social, lo cual realizó la accionada por ser familiar, ello pese a que se recomendaba que los contratistas se afilien de manera independiente; finalmente que no era trabajador y se presentó un inconveniente legal frente a una eventual extorsión ante el hurto de vehículo.

De tal manera que no se evidencia subordinación alguna, pues desempeñaba la actividad de manera autónoma, sin que haya estado sujeto a horario de trabajo o poder disciplinario, aunado a ello que las cuentas de cobro no dan cuenta del salario que aduce devengaba.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:



Inconforme con la decisión del *a-quo* por activa se interpone recurso de apelación señalando que (i) la no asistencia a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S implica presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión; (ii) que el único testigo solicitado por pasiva, señor *José Fernando Pérez Palacio*, fue tachado por ser el asesor jurídico de la sociedad; (iii) que la subordinación se desprende del examen médico de ingreso, lo cual también se confesó en el interrogatorio de parte de la pasiva, al referir que se hacía tal examen; (iv) que del registro del sistema RUAF se acredita que no se ha suspendido la afiliación, siendo empleador la accionada; además en el interrogatorio de parte de *Construcaro S.A.S*, se señaló que para ingresar a una obra debería estar afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social, sin que los aportes correspondan a lo realmente devengado; finalmente, (vi) que no se aportó el contrato de prestación de servicios ni se acreditó que los aportes se hayan ceñido a la reglas de dicho tipo de contratación.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, por cuestiones metodológicas, la Sala determinará si entre las partes existió un contrato de trabajo como medio vinculante.

4.3 DEL VÍNCULO LABORAL:

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



la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

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

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

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

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

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

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



fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Teniendo en cuenta los parámetros legales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre el actor y la sociedad *Construcaro S.A.S* existió un vínculo laboral.

Para tal efecto procedió la Sala a analizar los medios probatorios arrimados al proceso, constatando que desde la contestación de la demanda se admitió la prestación personal del servicio, aduciendo que la misma estuvo regida por un contrato verbal de prestación de servicios. En ese orden de ideas, tal como lo consideró el *a-quo* se presume el elemento subordinante, señalando el recurrente que no se desvirtuó el mismo, básicamente (i) por la confesión ficta y el indicio grave proveniente de la no asistencia de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S; (ii) la prueba documental del examen médico de ingreso y afiliación al Sistema General de Seguridad Social, la cual además no se verificó según las normativas que la regulan frente a contratista independientes; y (iii) la confesión de la representante legal de la accionada, así como la procedencia de la tacha de sospecha del testimonio del señor *José Fernando Pérez Palacio*.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado en sentencia SL3744-2020, Radicación No. 79848, del 30 de septiembre de 2020:

“En ese orden, conviene recordar que el efecto concreto de la confesión ficta es reconocido en la segunda instancia de acuerdo con el alcance asignado por el juez singular al momento de declararlo. Así se infiere de lo enseñado por esta Corporación, por ejemplo, en sentencia CSJ SL3865-2017, en la cual explicó lo siguiente:

“La acusación que se soporta en que el colegiado de instancia ignoró las consecuencias de la confesión ficta que determinó el a quo en auto de 14 de julio de 2008 (f.º 60 a 61), no tiene fundamento para su prosperidad, en razón a que en tal diligencia ninguno de los hechos susceptibles de confesión fueron objeto de precisión, de modo que el Tribunal no podía tener por ciertos los relacionados en los numerales 7, 18, 20 a 23 a los que alude la censura.

“En efecto, así lo ha reiterado esta Corporación al sostener que para ello es indispensable que el juez de primera instancia, determine y especifique cuáles hechos de la demanda son susceptibles de confesión en los términos del artículo 195 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil, a fin de que la contraparte pueda ejercer eficazmente y de manera oportuna, sus derechos de defensa y contradicción (CSJ SL7145-2015).



Destaca la Sala que si bien la inasistencia de la pasiva a la audiencia de conciliación daría lugar a la aplicación de la presunción contenida en el artículo 77 del C.P.T y la S.S, en el presente evento la sociedad *Construcaro S.A.S*, de quien se predica la existencia del contrato de trabajo, si compareció por conducto de su representante legal, por lo cual no existió consecuencia procesal adversa en su contra; de igual manera no comparecieron los demandados *Oscar Hernando Caro Sánchez* y los *herederos determinados e indeterminados de Gilberto Caro Ballén* (Q.E.P.D.), no obstante se vincularon al proceso por conducto de curador *ad-litem*, por ende tampoco hay lugar a consecuencia adversa alguna.

Por otra parte, las documentales atinentes al examen médico de ingreso como la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social, no dan cuenta de la subordinación. La primera de las documentales, en tanto nada impide que en una contratación de prestación de servicios se haga tal exigencia, máxime cuando se trata de actividades de conducción, sin que además su exigencia de cuenta que durante la ejecución de la actividad contratada, se haya ejercido un poder subordinante; frente la afiliación, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3653-2018, Radicación No. 57987, de 23 de agosto de 2018, señaló:

“[...] listado de pago de la seguridad social [...] también como ya se había indicado para otras pruebas, solo demuestran [...] el pago de los aportes a seguridad social por la cooperativa, la prestación personal del servicio que permita presumir el contrato de trabajo alegado, máxime que la Corte ha sostenido que el pago de estos aportes no es suficiente para su declaración, así lo asentó entre otras, en la sentencia de 15 de marzo de 2011, radicación 37067:

[...] En cuanto a los documentos de folios 2 a 6 del cuaderno 1, que contienen los periodos de afiliación al régimen de pensiones, específicamente al Instituto de Seguros Sociales del actor, debe reiterar la Corte Suprema de Justicia que dicha inscripción no implica per se la celebración de un contrato de trabajo, por lo que no constituye plena prueba para acreditar que el promotor del litigio estuvo vinculado como trabajador y mucho menos que prestó efectivamente los servicios hasta una determinada fecha.

En ese orden ideas, la prueba documental cuya indebida valoración refiere el accionante, no corrobora que el servicio se haya prestado de manera subordinada, pues ninguna claridad arroja sobre la forma en que se desarrolló el vínculo contractual.



De igual manera, el hecho que los aportes a la seguridad social no corresponden a los montos que se estima por activa se debían haber solucionado o sobre la base de un contratista independiente, tampoco da cuenta la existencia del contrato de trabajo.

Ahora bien, del análisis del interrogatorio de parte de la representante legal de la sociedad *Construcaro S.A.S*, se avizora que en manera alguna confesó la subordinación, por el contrario, relató que el actor prestó el servicio de manera independiente, y que los logotipos y carné era solo un requerimiento para identificarse en las obras.

Por otra parte, los testigos *Abelardo Corredor Sáenz* y *Raúl Puin Cruz*, tal como el mismo recurrente acepta, no dan cuenta de la subordinación ni de la manera en que se prestó el servicio, y el testigo *José Fernando Pérez Palacio*, señaló tener un vínculo con la accionada y haberse desempeñado asesor jurídico, y que conoció al actor por cuanto es familiar del señor *Gilberto Caro Ballén* (Q.E.P.D); de igual manera que la relación existente obedeció a que el referido señor *Caro Ballén* obtuvo el vehículo mediante un crédito y lo cedió por *leasing* al actor para que lo condujera, lo cual condujo a diversas diferencias familiares, sin que haya fungido como trabajador de la empresa, pues se limitaba a pasar cuentas de cobro, correspondiendo la afiliación a la exigencia que se hacía en las obras contratantes, generándose un pleito frente a la titularidad del vehículo automotor; lo cual corrobora que el servicio se prestó de manera autónoma e independiente.

Se debe referir que dicho testimonio fue tachado de sospecha solo al finalizar su declaración, contrariando los presupuestos del artículo 58 del C.P.T y de la S.S, que consagra "*Las tachas del perito y las de los testigos se propondrán antes de que aquél presente su dictamen o sea rendida la respectiva declaración*", aunado a ello que de sus asertos no se evidencia que haya incurrido en contradicciones ni se avizora parcialidad alguna, constándole los hechos directamente al haber prestado servicios a la empresa.

De cara a lo enunciado, concluye la Sala que en efecto se logró derruir la presunción legal contemplada en el artículo 24 del C.S.T, ello de cara a lo referido en la prueba testimonial, la cual da cuenta que el actor se desempeñó como contratista independiente e incluso que mantiene un litigio respecto de la



propiedad del vehículo, motivo que impele a confirmar la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera deberán correr a cargo del demandante.

DECISIÓN:

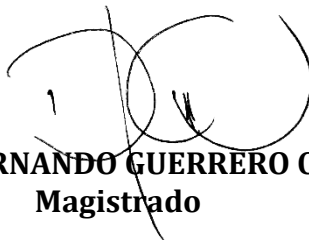
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

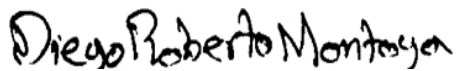
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 22 2017 00416 01
Demandante: MARTHA LUZ RIVERO ARROYO
Demandado: SPAZIO CONSTRUCTORA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., octubre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Luz Rivero Arroyo*, instauró demanda ordinaria en contra de *Spazio Constructora S.A.*, con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre 1 de febrero de 2005 y el 31 de agosto de 2012, la cual terminó sin justa causa por parte de la pasiva, así como que se declare que la cláusula adicional al contrato de trabajo que se suscribiera el 1 de febrero de 2005 es ineficaz, por lo que todas las sumas de dinero devengadas y recibidas por concepto de auxilio de desplazamiento y de alimentación constituyen salario.

Por consiguiente, se condene a la encartada a pagar la reliquidación de sus prestaciones sociales, intereses a las cesantías y vacaciones por todo el tiempo de la relación laboral, la sanción por despido sin justa causa y demás emolumentos, la indemnización moratoria que dividió en dos partes: (i) por la falta de pago de salarios y prestaciones desde el momento en que terminó el contrato hasta la fecha del pago, y (ii) por no cumplirse con la obligación de estar al día con los salarios ni el pago de seguridad social y parafiscalidad, última concurrente y compatible con la indemnización del literal a) del Parágrafo 1º del artículo 65 del



C.S.T., más la sanción por la sanción por la no consignación de las cesantías y los perjuicios morales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que laboró al servicio de la demandada desde el 1º de febrero de 2005 hasta el 31 de agosto de 2012, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de Asistente de Gerencia.

Que su labor la desarrolló en forma ordinaria en la sede de la empresa, sin desplazamientos extraordinarios constantes ni requerimientos especiales de alimentación, de ahí que la pasiva haya incluido una cláusula de desalarización, lo que conllevó a que sus acreencias laborales no se cancelaran en su totalidad.

Recalcó que su contrato de trabajo culminó de manera unilateral el 15 de agosto de 2015, cuando la demandada alegó una reestructuración, siendo su liquidación cancelada un año después al rompimiento del finiquito, por lo que en reiteradas ocasiones solicitó el pago de sus derechos laborales pero los mismos no se le reconocieron.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada fue representada por Curador *Ad-Litem*, quien manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Formuló las excepciones de prescripción e innominada.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2005 y el 31 de agosto de 2012, condenando a la demandada a pagar a favor de la actora intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, desde el 31 de agosto de 2012 hasta cuando se efectúe el pago correspondiente, absolviéndola de las demás pretensiones.



Frente a los pagos atinentes a los auxilios de alimentación y desplazamiento, consideró que no constituyeron salario en el presente evento, toda vez que, si bien el cargo que desempeñó como Asistente de Gerencia contaba con funciones de orden administrativo, estas fueron realizadas en la Ciudades de Bogotá, Cartagena y Santa Marta, por lo que los auxilios se justifican por cuanto no se encontraban destinados a retribuir directamente las funciones desempeñadas por la actora, sino a facilitar el cabal cumplimiento de sus labores por el desplazamiento que debía realizar, máxime que dentro del contrato de trabajo quedó establecido que los auxilios no constituían salario.

Frente a la indemnización moratoria, de una parte adujo que la demandada se encontraba revestida de buena fe, toda vez que existió una difícil situación económica de la encartada, por ello que haya existido una mora en el pago de las acreencias laborales al momento de la culminación del contrato de trabajo, aunado a que la deuda pretendió honrarla a través de una propuesta de pagos, pero por otra, condenó a la misma en razón a que a la actora no se le realizaron por más de tres (3) meses aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión, aspecto que no contiene la buena fe que trata la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ordenando el pago a razón de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, en razón a que la demanda no fue presentada dentro de los dos años siguientes de la terminación del contrato de trabajo.

Negó la pretensión de los perjuicios, toda vez que el actor no acreditó los mismos al tenor de lo regulado en el artículo 167 del C.G.P.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión. Respecto de los pagos constitutivos de salario, manifestó que según la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el *a-quo* tenía el deber de analizar que los pagos realmente se destinaran a su finalidad, y no simplemente entenderla con la simple denominación que se realizó en el otro sí, máxime si no existe prueba que demuestre lo contrario en tención a que la demandada fue representada mediante curador y que el fallador en nada hizo mención respecto a la alimentación, de ahí que procedan las reliquidaciones solicitadas.



Que existió una mala fe en la demora que hubo en el pago de la liquidación final de las acreencias laborales, ya que en concordancia del artículo 28 del C.S.T., este establece que el trabajador puede participar de las utilidades de la empresa, pero no de las pérdidas, por lo que lo decidido por el fallador de instancia no es un justo motivo para que se le exonere a la encartada por esta indemnización.

Por último, adujo que realizó una interpretación errónea del Parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T., por lo que la moratoria por concepto de la falta de pago de aportes parafiscales, al no estar equiparada a la primera parte del articulado en mención, no está sometida al término de solicitud de los veinticuatro (24) meses siguientes a la terminación del finiquito, por lo que la condena debe efectuarse con ocasión a un (1) día de salario por cada día retardo hasta que se paguen en su totalidad estos rubros.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, atendiendo los diferentes puntos de apelación elevados por las partes, por metodología en el estudio, en primer lugar se analizará si los pagos correspondientes al auxilio de alimentación y de transporte que cancelara la demandada al actor dentro del contrato de trabajo mediante cláusula adicional constituyen salario, ello con la finalidad de que procedan las reliquidaciones pretendidas sobre las acreencias laborales reconocidas.

De prosperar el problema jurídico anterior, se analizará si la sanción por la no consignación de las cesantías es próspera.



Asimismo, se determinará si debe reconocerse la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del C.S.T.

Como último problema jurídico, se analizará si la condena impuesta por el fallador de instancia con ocasión a la indemnización dispuesta en el Parágrafo 1º del referido artículo 65 del C.S.T., debe concederse a razón de un día de salario por cada día de retardo, o si por el contrario, la forma de cancelación obedece a la concluida por el Juez de instancia, esto es, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que se advierte, es que no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de febrero de 2005 hasta el 31 de agosto de 2012, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de Asistencia de Gerencia, cuyo salario para el inicio de la relación laboral ascendió a la suma de \$1.281.20, finiquito que sucedió con ocasión de la carta de terminación que emitiera la pasiva el 15 de agosto de 2015, prueba de ello es la copia del contrato de trabajo así como la referida carta de terminación obrantes a folios 8 a 13 y 85 respectivamente.

Ahora, en tratándose de la cláusula pactada en el contrato de trabajo, la misma preceptúa:

“Conste por el presente que entre los suscritos a saber, de un lado SPAZIO URBANO S.A., representado legalmente por la señora Martha Martha Abondano Capella, mayor de edad y vecino de la Ciudad de Bogotá, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 35.458.682 de Usaquén, en calidad de empleador y del otro Martha Luz Rivero Arrollo, mayor y vecina de esta misma ciudad, identificada con Cédula de Ciudadanía Mo. 36.558.999 de Santa Marta, se ha acordado de mutuo consentimiento:

“Que en aplicación del artículo 128 del C.S.T., el pago que reciba el trabajador, sea en dinero o en especie, por concepto AUXILIO DE DESPLAZAMIENTO y de AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, por ser de naturaleza extralegal NO CONSTITUYEN SALARIO.

“El trabajador expresa su absoluta conformidad con el presente acuerdo y manifiesta que no constituye bonificación unilateral de las condiciones laborales por parte de la empresa”.



En lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

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

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

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

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

“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de



si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

[...]

“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

“Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

“[...] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

Más adelante destacó:

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

Descendiendo al caso de marras, puede advertir la Corporación que la cláusula extralegal celebrada por las partes al momento de la suscripción del contrato de trabajo con relación a los conceptos de auxilios por desplazamiento y alimentación, que como ya se dijo fue el 1º de febrero de 2005, no constituyeron factor salarial como pasa a exponerse.



Atendiendo los parámetros jurisprudenciales esbozados, puede colegirse que el cargo desempeñado por la demandante, esto es el de Asistente de Gerencia, tenía como funciones efectuar desplazamientos a otras ciudades, como era el caso de Cartagena y Santa Marta, situación que puede ser confrontada con el manual de funciones que emitiera la Gerente General de la demandada el 31 de agosto de 2012 (Flas. 74 a 76), en la cual reza las siguientes:

“ _ Participar en la definición de las estrategias para la comercialización de los proyectos inmobiliarios.

“ _ Coordinación de actividades para la gestión, desarrollo e implementación de estrategias de Mercadeo y Publicidad y Planes de Medios.

“ _ Planificar y coordinar la ejecución de las estrategias de mercado, actividades promocionales y de publicidad que garanticen un efectivo posicionamiento de los productos y servicios comercializados por la empresa a escala nacional e internacional, e informar a la Gerencia Comercial y Gerencia General sobre las tendencias del mercado, las oportunidades y el resultado de las estadísticas en periodos preestablecidos.

“ _ Prestación de apoyo logísticos en los diferentes eventos realizados como parte de las estrategias de mercadeo.

“ _ Evaluación de Estrategias Publicitarias.

“ _ Elaboración de Informes y Flujo de Caja Mensuales de Planes de medios y Estrategias de Mercadeo.

“ _ Coordinación de la elaboración de Diseños de material publicitario por parte de agencias de publicidad para comercialización de proyectos.

“ _ Manejo del área legal de sociedades comerciales: creación de empresas, elaboración de actas de asamblea de accionistas y junta directiva, custodio de libros oficiales (Asamblea de Accionistas, Junta Directiva y Registro de Accionistas).

“ _ Evaluación y selección de proveedores.

“ _ Participar activamente en la planeación, desarrollo e implantación del Sistema de Gestión de Calidad de la Organización.

“ _ Cumplir con el Sistema de Gestión de Calidad de la Compañía y proponer mejoras e implementarlas en los procesos en los cuales participé.

“ _ Atención telefónica y personal a clientes.

“ _ Manejo de caja menor.

“ _ Generación de informes mensuales.

“ _ Archivo de documentación.

“ _ Seguimiento actividades de Gerencia.

“ _ Manejo de agendas.

Seguidamente, en la misma certificación se relacionó que dichas funciones se desarrollaron respecto del Edificio Terrazas del Mar - Cartagena de Indias, Casa de Boquetillo - Cartagena de Indias, Conjunto Residencial Montpellier - Santa Marta, Urbanización Rincón del Alto Bosque - Cartagena de Indias, Cartagena Laguna Club - Cartagena de Indias, Edificio Plaza del Mar - Cartagena de Indias, Edificio Heritage del Mar - Cartagena de Indias, Edificio Altamar - Cartagena de Indias,



Puerta de las Américas Zona Franca - Cartagena de Indias y Matibá Barú –
Cartagena de Indias.

Lo anterior, se puede concluir que en efecto los pagos suscritos en la cláusula extra legal fueron en razón de los traslados que tuviese que realizar la demandante dentro del giro ordinario de las actividades en su cargo, aspecto que se acompasa con la declaración de la testigo señora *Patricia Isabel Barraza Rodríguez*, quien manifestó que en ocasiones la actora debía desplazarse a la Ciudad de Cartagena, con el fin de apoyar al área de ventas de los diferentes proyectos que tenía la demandada en su momento, y algunas veces en esta ciudad en virtud de las funciones que le asignaban.

Por tal motivo, no puede pretender la actora que los pagos ocasionados por concepto de auxilio de transporte y alimentación fueran parte de su salario base, sino que, por el contrario el pago de los mismos fueron destinados a retribuir las funciones de su cargo como Asistente de Gerencia el cual consistía en trasladarse dentro de la ciudad de Bogotá, y las ciudades de Cartagena y Santa Marta.

Por tal motivo, no resulta procedente la reliquidación de prestaciones sociales, como tampoco que esta Colegiatura se adentre a analizar la sanción por la no consignación de las cesantías.

De la indemnización moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, junto con el incumplimiento de la información del estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad.

El artículo 65 del C.S.T. dispone:

“ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

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



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

“2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

“PARÁGRAFO 1o. *Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.*

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

La citada norma advierte dos escenarios para la incursión de esta indemnización. El primero de ellos surge del inciso primero, que versa frente al no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, salvo en los casos de retención autorizados por la ley o convenios por las partes, moratoria que debe pagarse a razón del último día diario de salario por cada día de retardo hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta que el pago se verifique el periodo es menor.

El inciso primero además contempla que el empleador deberá cancelar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique, pero este aspecto se condiciona a que el trabajador haya iniciado su reclamación por la vía ordinaria dentro de los veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, ya que de lo contrario, el empleador deberá cancelar únicamente intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación por la ya enunciada Superintendencia, indemnización que el párrafo segundo del mismo inciso advierte que versa frente a conceptos de salarios y prestaciones en dinero.

A su vez, el Parágrafo 2º, enfatiza que lo anterior sólo se aplica a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente, talante que en este



caso le es aplicable a la demandante debido a que incluso al inicio de la relación laboral, su salario ascendía a más de un mínimo.

Por otra parte, el parágrafo 1º contiene una segunda manera de proceder con esta indemnización, que se circunscribe a que el empleador no envíe a la última dirección registrada dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efectos. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

De ahí, que se pueda colegir que las dos situaciones se puedan pretender por separado como lo decidió el fallador de instancia, por lo que se procederá con el estudio respectivo de cada una de ellas atendiendo los problemas jurídicos expuestos.

Indemnización frente al no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales regulada en el Inciso 1º del artículo 65 del C.S.T.

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

Así las cosas, alega la recurrente que esta indemnización debe proceder por la falta del pago oportuno de su liquidación de prestaciones sociales.

Al respecto y como lo concluyó el fallador de instancia, del conjunto probatorio que reposa en el proceso, se puede colegir que la encartada se encuentra revestida de buena fe para la absolución de esta pretensión. Nótese que el finiquito se dio el



31 de agosto de 2012, con carta que emitiera la encartada con destino a la actora el 15 de agosto de igual año, donde se le puso de presente que el despido era injusto y se daba en virtud de la crisis económica por la que atravesaba, aunado a que se aportó la liquidación de prestaciones sociales, incluyendo el pago de la mentada sanción (Fls. 85 y 88).

Se aprecia que el 31 de enero de 2013, la demandada emitió un acuerdo para el pago de las prestaciones sociales, exponiendo las razones de liquidez por las que se encontraba atravesando, situación similar a la motivada en el contrato (Fls. 69 a 70), realizando los pagos respectivos para el 8 de febrero, 11 de junio y 9 agosto de 2013 (Fls. 71, 72, y 73), esto es, con casi un año de culminada la relación laboral.

A pesar de esto, se advierte que en ningún momento *Spazio Constructora S.A.* desconoció los derechos laborales de la demandante, tanto así que en procura de cancelarlos, optó por comunicar un posible acuerdo en aras de preservar las acreencias, lo que evidencia la voluntad de pago con posterioridad a la terminación de la relación laboral; circunstancia por la cual, se decanta la existencia de buena fe que revistió a la pasiva en los términos jurisprudenciales esbozados, y en tal sentido, habrá de confirmarse la absolución por este puntualísimo aspecto.

De la indemnización regulada en el Parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T:

En este tópico, la Sala procederá a hacer el análisis sobre la forma de pago de esta indemnización, ya que como se advirtió en el recuento procesal, su concesión no fue refutada por el extremo pasivo.

La parte demandante indica que el *a-quo* debió tasarla a razón de un (1) día de salario por cada día de retardo y no sobre el interés moratorio a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas jurisprudencias, tales como la SL3392-2019, Radicación No. 65539 del 21 de agosto de 2019, SL2572-2019, Radicación No. 66815 del 10 de julio de 2019, SL3407-2018, Radicación No. 59968 del 14 de agosto de 2018, SL133-2018, Radicación No. 51660 del 7 de febrero de 2018, entre otras, ha efectuado un análisis con ocasión de la indemnización del Parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T, manteniendo la



postura de indicar que su aplicabilidad tiene por objeto garantizar una cobertura para el trabajador en el tema de seguridad social, buscando asegurar que a la terminación del contrato de trabajo, el empleador de cumplimiento al pago de los aportes, so pena de hacerse acreedor de la sanción, sin que ello implique alguna fórmula de estabilidad laboral que conduzca a un reintegro, pues esto último no era el fin del legislador.

En la citada sentencia SL133-2018, Radicación No. 51660 del 7 de febrero de 2018, el Alto Tribunal sostuvo:

“A propósito de lo anterior, es oportuno señalar que la Corte, incluso en un conflicto jurídico contra la misma entidad aquí demandada y en referencia a esa disposición que se invocó como conculcada por el recurrente, en la sentencia CSJ SL, 27 jul. 2016, rad. 50027, adoctrinó:

“[...]

“Empero, lo que definitivamente echa por la borda toda eventual vocación de prosperidad a estas acusaciones y hace innecesarias disquisiciones adicionales, es que el presunto incumplimiento de lo preceptuado en el parágrafo 1º del artículo 29 de la 789 de 2002 por parte del empleador, no genera la ineficacia del despido y el restablecimiento del contrato, como lo pretendió el actor desde la demanda inicial y lo reitera en el alcance de la impugnación, pues en sentencia 35303 de 14 de julio de 2009, sobre el tema de debate se expuso:

“Ahora, el Parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el 65 del C.S.T., no contempla el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, tan es así, que la norma consagra el pago posterior de las cotizaciones, dado que su finalidad no es otra que la de garantizar el pago oportuno de los aportes de seguridad social y parafiscales. En efecto, revisado el trámite que en el Congreso de la República tuvo el proyecto de la que sería la Ley 789 de 2002, se percibe que en la exposición de motivos se denominó el plan como aquel ‘POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS PARA PROMOVER EMPLEABILIDAD Y DESARROLLAR LA PROTECCIÓN SOCIAL’, mientras que en el capítulo llamado ‘justificación y desarrollo de los articulados’ se precisa que como lo ‘postulan los artículo 23 al 30, tales condiciones especiales se han diseñado con el especial cuidado de no debilitar a las entidades administradoras de los recursos de SENA, ICBF y Cajas de Compensación, en la medida en que éste beneficio sólo se concederá a quienes mantengan en términos reales sus aportes a tales entidades. Igualmente, estamos solicitando facultades para cerrar la brecha de la evasión frente a todos los aportes parafiscales, en armonía con el proceso de simplificación en el recaudo que queremos construir [...]’.

“En ese orden, el bien jurídico protegido es la viabilidad del sistema de seguridad social integral, teniendo especial cuidado en no debilitar al SENA, al ICBF y a las CAJAS DE COMPENSACIÓN y por ello se incluyó en el Parágrafo 1º del artículo 65 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, el estado de pago de las cotizaciones por parafiscalidad, por su significación social, lo que



descarta que tal protección se encamine a la estabilidad en el empleo, por el contrario, lo consagrado por la norma tiende a la coerción como mecanismo para la viabilidad del sistema, precisamente con lo que podría denominarse como 'sanción al moroso'.

“Por ello, carecería de lógica que aun cesando la causa de la sanción, ejemplo pago posterior, continuase el correctivo como lo sería la orden de reintegro del trabajador al cargo y los efectos que conllevaría el mismo, situación superada por la jurisprudencia. Precisamente en sentencia de 30 de enero de 2007, radicación 29443, se reflexionó así:

“Sea lo primero indicar que la condición de eficacia para la terminación de los contratos de trabajo prevista en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es un mecanismo de garantía de cobertura real y concreta para el trabajador en materia de seguridad social y contribuciones parafiscales; ciertamente si se le exige al empleador que, para que el despido que se propone realizar sea apto para terminar el contrato de trabajo, cumpla con sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradores de recursos parafiscales, se evita que las prestaciones o servicios que estas instituciones ofrecen se nieguen por falta de pago completo de las respectivas cotizaciones o aportes.

“El artículo 48 de la Constitución Política establece como principio de la seguridad social la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que la eficacia de los derechos consagrados está irremisiblemente unida a la existencia de recursos suficientes, estimados más allá de los demandados por la urgencia del día, para la viabilidad de las instituciones durante esta y las siguientes generaciones.

“El Constituyente y el legislador de las últimas décadas, han tenido como finalidad central de sus proyectos y disposiciones el garantizar el equilibrio financiero del sistema, que se obtiene no sólo incrementando los aportes del empleador y del trabajador, y del Estado, sino garantizando los medios para asegurar su efectivo recaudo’.

“Por tanto, al armonizar la preceptiva en cuestión, al igual que lo hizo la jurisprudencia con el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, desde el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, se condenará a la parte demandada a pagar al actor, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en sufragar los aportes parafiscales de los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato [...] hasta cuando [...] acredite el pago de tales aportes con posterioridad a esta decisión”.

“Por la misma línea, en sentencia SL516-2013, dijo la Sala:

“Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones y a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma.

“Si bien la redacción de la norma en comento es distinta al texto original del artículo 65 del CST y a la modificación introducida a este por el primer inciso del citado artículo 29 de la Ley 789, en la medida



que allí sí se fija, claramente, la consecuencia consistente en que el empleador le deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, no puede ser motivo de extrañeza para la comunidad jurídica laboral el que, cuando el legislador se refiera a la ineficacia del retiro del servicio derivada del incumplimiento del pago de obligaciones laborales, en este caso del sistema de la protección social, a cargo del empleador, se equipare al pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador, por cuanto la jurisprudencia tiene precisado, desde antaño, conforme al propósito de la norma en estos casos, que el objeto de tutela jurídica no es la estabilidad laboral, sino el pago de ciertas obligaciones laborales que, dada su naturaleza, merecen una protección especial y que esta protección debe estar armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo”.

En este orden de ideas, si bien no existe una específica forma de hacer el pago de este tipo de indemnización, lo cierto es que del análisis efectuado por la Alta Corporación, puede concluirse que su imposición es como consecuencia de la falta de pago de los aportes pensionales y parafiscalidad, lo que conlleva a que exista una equiparación con los postulados contenidos en el Inciso 1º del artículo 65 del C.S.T., ya que su fin es refutar el pago de derechos laborales.

De ahí que el análisis de pago se deba hacer a la luz de lo consagrado en el Inciso 1º del artículo 65 del C.S.T., a razón del último día de salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta que el pago se verifique si el periodo es menor, y si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, a este se le deberá intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

De lo dicho, se puede concluir que el *a-quo* impuso esta indemnización en debida forma, por cuanto al haber culminado la relación laboral el 31 de agosto de 2012 y presentarse la demanda el 7 de julio de 2017 (Fl. 143), transcurrieron casi cinco años, por lo que procedía el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del 31 de agosto de 2012 y hasta que se haga efectivo el correspondiente pago.

En virtud de todo lo expuesto, la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad. Así se decidirá.



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

V. DECISIÓN:

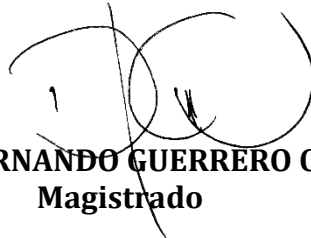
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 01 2017 00480 01
Demandante: MARIELA GONZÁLEZ CORREDOR
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz* identificada con C.C No 31.486.436 y T.P No 303.924 del C.S.J.

Así mismo, allega poder *Porvenir S.A* a la profesional del derecho *Jacqueline Rodríguez Rojas* identificada con C.C 52.230.797 y T.P No del 305.950 C.S.J, a quien se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Protección S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Mariela González Corredor*, formuló demanda en contra de *Colpensiones*, *Porvenir S.A.* y *Protección S.A.*, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Porvenir S.A.*, como consecuencia del incumplimiento del deber de información.

En virtud de lo anterior, se condene a *Porvenir S.A.* y a *Protección S.A.*, última donde en la actualidad se encuentra afiliada, como consecuencia de la ineficacia del traslado, a



trasladar sus aportes a *Colpensiones* para que esta a su vez los acepte y la registre legalmente activa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que se afilió al antiguo *Instituto de Seguros Sociales* el 25 de enero de 1990, aportando al sistema 400.57 semanas.

Que el 4 de agosto de 1999 se afilió a *Porvenir S.A.*, y en la actualidad se encuentra afiliada a *Protección S.A.*, no obstante al momento de haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el asesor de aquel entonces no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el Instituto de Seguros Sociales, no le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el bono pensional, y se utilizaron argumentos desacertados tales como que no se podría pensionar por cuanto el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, así como que le informó que se podría pensionar a cualquier edad.

Que además no se le indicó que podría retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes del cumplimiento de los 47 años de edad, aspectos todos que reflejan la falta de un deber de información al momento de la suscripción del formulario.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, exponiendo que carece de legitimidad en la causa por pasiva, en virtud que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estando afiliada a CAJANAL – hoy en día UGPP, por lo que es a esta administradora a quien le compete aceptar el traslado.

Que debe tenerse en cuenta, que a la señora *Mariela González Corredor* no le asiste el derecho a lo pretendido ya que la misma se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para poder efectuar el traslado de régimen.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e innominada o genérica.



Protección S.A. expuso en su contestación que la afiliación de la actora ante sus dependencias se produjo el 30 de marzo de 2006, brindándose la información legal y adecuada sobre las ventajas y desventajas entre uno u otro régimen.

Propuso las excepciones de buena fe por parte de la demandada AFP Santander hoy en día *Protección S.A.*, prescripción, y la excepción genérica en los términos establecidos en el artículo 282 del C.G.P.

Por su parte, *Porvenir S.A.* adujo en su contestación que, al momento de la afiliación de la actora, se le brindó una asesoría comparativa de los dos regímenes, su funcionamiento, características, ventajas y desventajas y forma de liquidar las prestaciones, para que basada en sus condiciones sociales, económicas, familiares y personales, optara por uno u otro, de forma libre, espontánea y sin presiones, tal y como consta en el formulario de afiliación suscrito válidamente.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de la actora en los fondos pensionales privados aquí encartados, ordenando a *Colpensiones* autorizar el traslado y a *Protección S.A.* a trasladar los aportes efectuados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con los rendimientos que se hubieren causado o el bono pensional.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, la carga de la prueba de informar en debida forma los planteamientos al momento del traslado, le correspondía a la AFP, sin que tales aspectos se hubiesen probado, lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de aportes, así como de los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, para lo cual adujo que la demandante manifestó en el interrogatorio de parte que se le informó la posibilidad de heredar los aportes que tuviera en su cuenta individual, aspectos propios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que se pueda colegir que la actora tuviese suficiente



información al momento del traslado, sumado a que era factible que las condiciones laborales de la demandante fluctúen en el tiempo.

Protección S.A. argumenta que, como consecuencia de su buena gestión, se generaron rendimientos que se encuentran en su cuenta individual, por lo que no sería procedente devolver los gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y*



oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la actora a *Porvenir S.A.* del 1º de junio de 1999 (Fl. 95), formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989,*



la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, sin que la información atinente a la posibilidad de heredar los dineros de la cuenta de ahorro individual, implique el cabal cumplimiento del deber de información, como lo aducía la entidad apelante.

De tal manera, que le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado. Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

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



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

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 01 2017 00487 01
Demandante: MARGARITA BERRÍO SERENO
Demandado: EPS-S CONVIDA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Margarita Berrío Sereno* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *EPS-S Convida* a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 19 de abril de 2002 y el 15 de febrero de 2016, y en consecuencia se la condene al pago de compensación de vacaciones, primas de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, indemnización moratoria, indexación, intereses moratorios, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que prestó servicios a la accionada desde el 19 de abril de 2002 y de manera ininterrumpida hasta el 15 de febrero de 2016, vinculación que se suscribió mediante contratos de prestación de servicios; que ocupó el cargo de promotor presencial de la EPS, cumpliendo la función de atención a los usuarios; que se encontraba bajo subordinación de la accionada, cumpliendo un horario de trabajo, utilizando los insumos e instalaciones proporcionado por la accionada; que era capacitada por la empleadora y que no se reconocieron las



acreencias laborales deprecadas en la demanda, radicando solicitud de pago el 21 de septiembre de 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada refiere ostentar la naturaleza de empresa industrial y comercial del estado del orden departamental; que la accionante se vinculó de manera ininterrumpida mediante contratos de prestación de servicios desde el 9 de enero de 2004, sin que se haya verificado subordinación alguna en el cumplimiento del objeto contractual, vinculación permitida por la Ley 80 de 1993.

Formula como medio exceptivo previo la de falta de jurisdicción y competencia, y de mérito las excepciones de prescripción de la acción, inepta demanda, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error en apreciación de la prueba y enriquecimiento sin causa.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 9 de diciembre de 2019 declaró la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 10 de marzo de 2009 y el 15 de febrero de 2016, declarando probada al excepción de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad al 21 de septiembre de 2013, condenando a la accionada al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación a un fondo de cesantías, indemnización moratoria, y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Como sustento de su decisión aduce que conforme el material probatorio aportado, se acreditó plenamente la prestación del servicio, cumpliendo funciones de promotor orientando a los usuarios de la EPS, la cual es inherente al objeto social de la demandada, sin que se haya desvirtuado por pasiva el elemento de la subordinación, pues las pruebas testimoniales dan cuenta que se impartían órdenes e instrucciones, además que cumplía un horario de trabajo y utilizaba elementos de trabajo suministrados por la pasiva.



Frente a los extremos laborales señala que, si bien se aportan contratos de prestación de servicios desde el año 2002, se presentaron interrupciones entre el 30 de septiembre de 2006 al 2 de enero 2007 y del 31 diciembre de 2007 al 10 de marzo de 2009, por ello se finó como tales del 10 de marzo de 2009 al 15 de febrero de 2016.

En lo atinente a la excepción de prescripción, señala que la reclamación data del 21 de septiembre de 2016, por lo que operó con anterioridad al 21 de septiembre de 2013.

Frente a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, señaló que por pasiva no se acreditó el haber solucionado la prestación sin que se avizore buena fe por el simple hecho de estimar que la vinculación no ostentaba el carácter de laboral, lo cual refiere también se predica de la indemnización moratoria, absolviendo a su vez de los intereses moratorios y la indexación.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la EPS es una Empresa Industrial y Comercial del Estado con una planta de personal prescrita, por lo cual no existe relación laboral, fungiendo la actora como contratista, ejecutando el objeto de manera autónoma e independiente, devengando por dicha actividad honorarios, lo cual es permitido por la Ley 489 de 1998.

Que de las órdenes administrativas se evidencia que no existía subordinación, y la jurisprudencia ha consagrado que el supervisar un contrato o que se preste el servicio en las instalaciones de la contratante, no implica que se trate de un contrato de trabajo.

Que las pruebas testimoniales no ofrecen certeza, pues la señora *Elizabeth Rincón Pinzón* dijo no conocer qué cargo ocupada ni la fecha ni motivo de terminación; tampoco precisa si devengaba salario, por su parte la señora *Bárbara Bejarano de Ortiz* se limita a hacer suposiciones de la hora de entrada.

Por último, respecto de la moratoria, que la conducta del empleador estaría justificada, por cuanto se había pactado un contrato de prestación de servicios, bajo cuyo convencimiento, actuó la EPS.



IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, (i) si entre las partes existió un contrato de trabajo; en caso afirmativo (ii) si se debe absolver de la indemnización moratoria.

c. Del Vínculo Laboral:

Inicialmente debe acotar la Sala que en efecto, la pasiva ostenta la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial de Estado del sector descentralizado del orden Departamental, tal como se evidencia en el Decreto Ordenanzal No. 0262 de 16 de septiembre de 2016 (Fls. 27 a 39), motivo por el cual, los trabajadores que prestan sus servicios ostentan, por regla general, el estatus administrativo de trabajadores oficiales, vinculados mediante contrato de trabajo.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4635-2019, Radicación No. 65805 del 29 de octubre de 2019, señaló:

“Las partes no desconocen la naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado que ostenta la demandada [...] Partiendo de ello, se recuerda que el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, establece:

“ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

“En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-484 de 1995)



“Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”

“Así mismo, el artículo 292 del Decreto 1333 de 1996, prevé:

“ARTICULO 292. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

“Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta, municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

“En esa medida, la regla general es que los servidores de una entidad como la demandada son trabajadores oficiales, constituyendo la excepción que quienes desempeñen actividades de dirección confianza y que así estén precisadas en los estatutos, son empleados públicos. Así las cosas, aunque el colegiado tuvo en cuenta las anteriores disposiciones, no advirtió que solamente en los estatutos de la entidad, la Junta Directiva puede precisar cuáles son aquellas funciones que pueden ser ejercidas por empleados públicos en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, y que por tanto, los actos administrativos emitidos por la demandada no permiten establecer la naturaleza de la labor de Director de Talento humano, dado que se limitan a enlistar los cargos de trabajadores oficiales y empleados públicos.

Ahora bien, la alzada se dirigió a señalar que no operó el elemento de la subordinación, en tanto las órdenes de prestación de servicios dan cuenta de la autonomía e independencia con que la accionante desempeñaba la función contratada, aunado a ello que la prueba testimonial no es contundente en acreditar una situación contraria.

Sobre el particular, acota la Sala como primera medida que no fue objeto de discusión la prestación personal del servicio, ni los extremos laborales decantados en primera instancia, por lo cual se presume la existencia del contrato de trabajo, la cual en manera alguna se desvirtúa por la simple suscripción de los contratos de prestación de servicios para desempeñarse como promotor de las EPS-S, toda vez que con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en materia laboral el operador judicial debe fundamentar su decisión en los hechos que se acrediten en el proceso, esto es, sujetándose a la realidad, lo que en suma implica que



más allá de los documentos que pudieren firmar los contratantes o la denominación que se le pueda dar a los mismos, son las características con las cuales se desarrolla el servicio las que permiten predicar o no la existencia de un contrato de trabajo, bastando para ello que se verifique la concurrencia de los elementos esenciales del mismo.

Por otra parte, *a contrario sensu* de lo alegado por la recurrente, es carga probatoria de la pasiva derruir tal presunción, por ende, si los testigos eventualmente no dieran cuenta de la subordinación, dicha situación en manera alguna acredita que el servicio se haya prestado de manera autónoma e independiente.

Al respecto la señora *Elizabeth Rincón Pinzón* refirió residir en la ciudad de Tocaima, locación en la cual funcionaba una sede la *EPS-S Convida*, señalando desde el año 2001 ser la propietaria del establecimiento en donde funcionaba, constándole que la accionante prestó servicios desde el año 2002, manifestando que cumplía un horario de trabajo y que los coordinadores de la EPS le suministraban instrucciones de cómo realizar el trabajo, lo cual señala evidenció directamente, al escuchar las reuniones y órdenes impartidas.

Por otra parte, la señora *Bárbara Bejarano de Ortiz*, también refirió residir en Tocaima, aseverando que la accionante prestó servicios en la accionada, lo cual le consta por cuanto labora en la casa de habitación de la demandante, y se acercaba a solicitar servicios a la EPS evidenciando que la demandante laboraba para dicha entidad, refiriendo que cumplía un horario de trabajo.

El señor *Ernesto Gómez Gutiérrez*, jefe de personal de la accionada, señaló que la planta de personal se constituye de empleados públicos, trabajadores oficiales y contratistas independientes, últimos que se desempeñan en Municipios, en tanto la planta de personal se limita a la ciudad de Bogotá, sin constarle directamente la manera como se vinculó la accionante, y sin dar cuenta de cómo se verificó la prestación del servicio, al señalar no conocerla.

De lo anterior, se concluye que en manera alguna la pasiva acreditó que los servicios se prestaron de manera autónoma e independiente, ni que en el presente evento se presentó una simple coordinación y supervisión de un contrato de prestación de servicios, pues ninguna prueba fehaciente se allegó al respecto.



Como corolario de lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaro la existencia del contrato de trabajo, acotando que si bien el *a-quo* analizó las acreencias laborales bajo los presupuestos del C.S.T, pese a ostentar el estatus administrativo laboral de trabajador oficial, no se formuló reparo sobre el particular.

d. Buena fe:

Alega la pasiva en la alzada que no se debió fulminar condena en su contra por indemnizaciones derivadas de un actuar de mala fe patronal, toda vez que la conducta del empleador estaría justificada, por cuanto se había pactado un contrato de prestación de servicios, bajo cuyo convencimiento actuó la EPS.

Frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato.

Asimismo, el artículo 99 de la ley 50 de 1990, previó una sanción similar para quienes no consignaran las cesantías dentro del término previsto por el legislador, igualmente equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la consignación, cuya condena no fue objeto de alzada, sino

No obstante, precisa la Sala que las citadas sanciones no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables.

Es justamente este elemento el que solicita valorar el recurrente, pues alega que el no pago de las acreencias laborales devino del convencimiento de que jamás existió una relación laboral. Argumento que, en modo alguno, permite entrever una buena fe por parte del demandante, pues *a contrario sensu* lo que se evidenció en el proceso fue que se suscribieron sendos contratos de prestación de servicios, pese a que se desarrolló



una prestación subordinada del servicio, sin que el simple hecho de suscribir contratos de prestación de servicios acredite la buena fe patronal. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“Con apego a las reflexiones transcritas y a luz de las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que la sola celebración de contratos de prestación de servicios no es suficiente para demostrar la buena fe del demandado, mucho menos que en los convenios se hubiera incluido una cláusula de exclusión laboral, como lo sostiene la enjuiciada; por el contrario, su uso recurrente y continuado devela que la vinculación del actor no respondía a una circunstancia excepcional y transitoria, sino permanente en el desarrollo del objeto de la entidad.

“De esta suerte, no existe evidencia de que en este evento el Instituto hubiera actuado de buena fe, pues está demostrado que fungió en todo momento como un verdadero empleador, exigiendo horario y utilizando el poder subordinante, sin que de su proceder pueda derivarse un convencimiento ajeno a la verdadera existencia de una relación laboral subordinada.

Ahora bien, se bien no es dable revocar la condena en virtud de la aducida buena fe patronal, no es dable soslayar que la sanción consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 no opera para trabajadores oficiales, por lo que al haber sido punto de apelación dicha condena, la misma habrá de revocarse. En efecto, en la providencia antes citada, la Alta Corporación señaló:

“La Sala mantendrá la decisión singular, en lo que se refiere a la sanción prevista el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que cobija a los trabajadores del sector privado y no a los oficiales (CSJ SL981-2019)”.

De igual manera, se evidencia que la sanción moratoria se liquidó bajo las directrices del artículo 65 del C.S.T, siendo aplicable el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, motivo por el cual se modificará la sentencia en el sentido de condenar a la accionada a pagar \$30.870 diarios, desde el 14 de mayo de 2016 (teniendo en cuenta el plazo de gracia de 90 días CSJ SL981-2019, dado que el contrato terminó el 15 de febrero de 2016), y hasta el momento en que se solucionen las prestaciones sociales.

Como corolario de lo anterior, se revocará y modificará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:



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

RESUELVE:

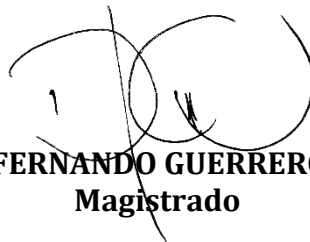
PRIMERO: Revocar el literal e) del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** del pago de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, consagrado en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, acorde con lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal f) del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a la accionada a solucionar la suma de \$30.870 diarios, desde el 14 de mayo de 2016 y hasta el momento en que se solucionen las prestaciones sociales, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de alzada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 16 2017 00678 01
Demandante: ANA CRISTINA ALFONSO ARDILA
Demandado: MANUFACTURAS BOTONART S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado Dieciséis Laboral de Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

La señora *Ana Cristina Alfonso Ardila*, promovió demanda ordinaria en contra de *Manufacturas Botonart S.A.S.*, con la finalidad que se declare la sustitución patronal o que, de conformidad con los cambios de razón social, se declare con la encartada un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 2002 vigente hasta la actualidad.

Por consiguiente, se condene a la pasiva al pago de cesantías para los años 2002, 2003, 2014, 2015 y 2016, intereses a las cesantías para los años 2002 y 2003, sanción por la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo de los años 2003 y 2014, prima de servicios de los años 2002, 2003 y 2004, reliquidación de vacaciones de los años 2002, 2003 y 2004, aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones junto con los reajustes a que haya lugar de toda la relación laboral, compensación en dinero de dotaciones, e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 21 de septiembre de 2002.



Que la demandada inicialmente se constituyó en el año de 1990 como una sociedad comercial de hecho cuyo nombre era *Oka Ltda.*, luego el 31 de marzo de 1996 cambió a *Reinaldo Tarazona Hernández*, en 2004 se denominó *Industria Botonart Ltda.* y por último *Manufacturas Botonart S.A.S.*

Puntualizó que, durante los cambios de razón social, siempre ha fungido como socio y representante legal de la pasiva, sin que le hubiesen sido consignadas cesantías del año 2004, en forma proporcional las de 2002, las del año 2003 y 2006, 2007, 2008 y 2009.

Que las cesantías del año 2012 las consignó el 10 de marzo de 2014, las del año 2013 se cancelaron el 7 de julio de 2016, las de 2014 se cancelaron el 17 de marzo de 2015, y no se ha consignado las de los años 2015 y 2016.

También resaltó que la demandada ha dejado de efectuar sus aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud, a pesar de que le descuenta su nómina el porcentaje respectivo, como tampoco le ha suministrado la respectiva dotación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones endilgadas, aduciendo que si bien existe una relación laboral con la demandante, operó el fenómeno prescriptivo con relación a los derechos aquí pretendidos.

Dijo además que la actora no puede pregonar la existencia de una sustitución patronal, en atención de que la relación laboral tuvo inicios a partir del 16 de enero de 2003, a través de diferentes contratos de trabajo en la que siempre tuvo como retribución salarial un S.M.L.M.V.

Formuló las excepciones de prescripción de la acción, cobro de lo no debido, extinción de la obligación por pago, buena fe y genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 2002 y el 30 de diciembre de 2018, condenando a la demandada al pago de cesantías de los años 2003, 2014, 2015 y 2016 en la suma de \$2.603.030, sanción por la no consignación de las cesantías de los años 2003, 2014, 2015 y 2016 en valor de \$31.998.418, compensación en dinero por concepto de vacaciones en la suma de \$1.671.384, así como al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 28 de octubre



hasta el 31 de diciembre de 2002, 16 de enero de 2003 hasta el mes de octubre de 2004, así como los meses de abril de 2015 hasta enero de 2016, teniendo como IBC el salario mínimo de los correspondientes años.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar manifestó que con ocasión de los auxilios de las cesantías, su prescripción opera desde el momento de la terminación del contrato de trabajo, y en atención a que la relación laboral culminó con posterioridad a la presentación de la demanda, como así lo indicó la representante legal de la encartada en el interrogatorio de parte, no había operado el fenómeno prescriptivo para la procedencia de dicho derecho.

En lo que refiere a la relación laboral, arguyó que si bien la encartada allegó copia de sendos contratos de trabajo a término fijo comprendidos desde el 16 de enero de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2013, no les asignó valor probatorio en tanto, de conformidad con las reglas generales del procedimiento y de la prueba, los supuestos contratos no reflejan suscripción por el empleador, de ahí que se pudiera concluir que no existieron diferentes contratos de trabajo; por el contrario, de la certificación laboral que emitiera la demandada el 28 de octubre de 2014, se acreditó que la actora tenía una relación laboral con la encartada desde el 28 de octubre de 2002, cuya finalización se dio con posterioridad a la presentación de la demandada, exactamente el 30 de diciembre de 2018, como así lo confesó la representante legal de la pasiva en su interrogatorio de parte, aspectos todos que fueron óbice para considerar que el contrato de trabajo fue a término indefinido.

En lo atinente a la sustitución de empleadores regulada en el artículo 67 del C.S.T, consideró que dicha figura ocurrió debido a que en el interrogatorio de parte que efectuara la representante legal de la pasiva, manifestó que efectivamente la demandante tuvo ese vínculo laboral aunque no aceptó que lo fue desde el 2002 sino desde enero de 2003, y a pesar de ello, manifestó que uno de los supuestos contratos a término fijo allegados lo fue con la empresa Industrias Metálicasokart Ltd Reinaldot que presuntamente había iniciado el 16 de enero de 2003, aspecto que se asimile a la sustitución de empleadores, debido a que pese al cambio de razón social, la sociedad y la trabajadora continuaron con el mismo objeto social y con las mismas labores dentro de la nueva empresa.

Determinado todo lo anterior, procedió con el análisis de las pretensiones de carácter condenatorio. Que teniendo en cuenta que la demandante pretende el pago de las cesantías para los años 2002, 2003, 2014, 2015 y 2016, con base en un el salario mínimo más el auxilio respectivo, y al haberse demostrado la existencia del contrato de trabajo desde el 28 de octubre de 2002, no existiendo constancia de pago de dicha anualidad, fulminó condena por este concepto.



Frente a las cesantías causadas para los años 2003, 2014, 2015 y 2016, al analizarse el caudal probatorio, tampoco encontró demostración de la consignación al fondo de cesantías sobre dichos interregnos, por lo que era procedente la condena, asentando que las cesantías del año 2016, si bien es cierto que con una liquidación del contrato de trabajo se dice que fueron pagadas directamente, este aspecto no se puede entender como tal, pues no se probó la existencia de varios contratos de trabajo y por lo tanto que hubiere terminado en diciembre de 2016 que habilitara para que ese pago se hiciera directamente a la trabajadora, por lo que su cancelación debió realizarse a un fondo de cesantías, concluyendo que era procedente el pago para todas las anualidades.

Declaró prescritos los intereses a las cesantías para los periodos de los años 2002 y 2003, por cuanto debieron alegarse dentro del término trienal según las reglas de la prescripción que rigen la especialidad laboral, ya que este derecho no opera desde la terminación del contrato sino a partir de su exigibilidad.

Que con relación a la condena de la sanción por la no consignación de las cesantías para los años 2002, 2003, 2014, 2015 y 2016, era procedente al no encontrarse buena fe que revistiera su absolución, sino que por el contrario, la encartada pretendió ocultar las circunstancias en que se dio la relación laboral con la presunta existencia de múltiples contratos de trabajo inferiores a un año, lo que conllevó a fulminar condena sobre las mismas, sin que tampoco pudiera validarse el único pago que se realizó en el año de 2016, toda vez que no fue al fondo de cesantías como lo ordena la Ley.

A pesar de ello, decidió que la referida sanción para el año 2002 se vio afectada por el fenómeno de prescripción, debido a que la demanda se presentó el 12 de octubre de 2017. Que no sucedió lo mismo para la sanción del año 2003 en el sentido que se siguió causando desde el 15 de febrero de 2004. En adelante, y dada la fecha de la presentación de la demanda, esto es la ya enunciada calenda del 12 de octubre de 2017, se afectó esta moratoria hasta el 11 de octubre de 2014, por lo que había lugar a su pago desde el 12 de octubre de 2014 hasta el 14 de febrero de 2015.

Seguidamente, decidió el pago de esta sanción para los años 2014, 2015 y 2016, precisando que las de 2014 iban desde el 15 de febrero de 2015 hasta el 14 de febrero de 2016, las de 2015 desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017, y la de 2016 desde el 15 de febrero de 2017 hasta el 30 de diciembre de 2018, calenda última en que tuvo finalización el contrato de trabajo.

En resumidas cuentas, determinó los siguientes pagos:

CESANTÍAS:



- _ Año 2002 desde el 28 de octubre hasta el 31 de diciembre la suma de \$60.025.
- _ Año 2003 \$369.500.
- _ Año 2014 \$688.000.
- _ Año 2015 \$718.350.
- _ Año 2016 \$767.155.

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:

- _ Año 2003 \$1.361.241.
- _ Año 2014 \$7.392.240.
- _ Año 2015 \$7.732.000.
- _ Año 2016 desde el 15 de febrero de 2017 hasta el 30 de diciembre de 2018 por valor de \$15.512.637.

En lo que refiere al pago de prima de servicios de los años 2002, 2003 y 2004, no las condenó por encontrarse prescritas.

La prima de servicios del primer periodo del año 2014, de conformidad con el artículo 306 del C.S.T., se hizo exigible el 30 de junio de 2014, por lo que al haberse presentado la demanda el 12 de octubre de 2017, operó el fenómeno prescriptivo sobre la misma.

Con ocasión a la reliquidación y pago de vacaciones, también declaró su prescripción, sin embargo, como en la demanda se pretendió esta reliquidación hasta la fecha de la finalización del contrato que lo fue el 30 de diciembre de 2018, condenó a estos conceptos para los periodos desde el 17 de octubre de 2013 hasta el finiquito del contrato en un total de \$1.671.384.

Asimismo, condenó al pago de los aportes al sistema de seguridad social no pagados desde el 28 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2002, 16 de enero de 2003 hasta el mes de octubre de 2004, y los meses de abril de 2015 hasta enero de 2016, y de los demás manifestó que se encontraban sufragados.

Negó la condena por dotaciones, ya que no puede ser suministrada después de concluido el contrato.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada apeló la decisión, arguyendo que se debe verificar el pago de las cesantías para el año 2014, ya que dentro del material probatorio allegado se puede evidenciar una consulta de movimientos individual de cesantías, el cual advierte que las



cesantías del referido periodo fueron consignadas el 17 de marzo de 2015, de ahí que la sanción por la no consignación de las cesantías aplicaría únicamente desde el 15 de febrero hasta el 17 de marzo de 2015, así como que no hubiese lugar a condena de cesantías por dicha anualidad.

Frente a las cesantías del año 2015, se consignaron al Fondo Nacional del Ahorro elegido por la actora el día 7 de julio de 2016, por lo que no existiría condena por las cesantías de esta anualidad, lo que a su vez conduce a que la sanción por la no consignación de las cesantías únicamente aplique desde el 15 de febrero hasta el 7 de julio de 2016.

Que con relación a la condena de cesantías para el año 2016, no se debe desconocer la liquidación que se le realizó a la demandante de buena fe, que le fue consignada y que recibió a satisfacción, por lo que dicho valor no puede ser desconocido ya que se estaría incurriendo en un doble pago.

Dijo que frente a las cesantías para de los años 2002 y 2003, debe analizarse el fenómeno de prescripción, más aún si se advierte una mala fe de la actora solicitando unos pagos que en su momento tuvo la oportunidad para reclamarlo y no lo hizo, esperando que la sanción se incrementara.

Finalmente, adujo que los contratos que el *a quo* no tuvo en cuenta, fueron suscritos de buena fe entre las partes, por lo que no pueden desconocerse, máxime si la demandante en el interrogatorio de parte surtido confesó que año tras año recibía la liquidación del contrato de trabajo, aspecto que conlleva a que aceptara que sus prestaciones sociales se habían cancelado, incluyendo la regulación de vacaciones ordenadas.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Atendiendo los planteamientos del recurso de alzada y por metodología en la resolución del conflicto que aquí ocupa, la Sala abordará como primer problema jurídico, la clase de contrato de trabajo que se suscribió entre las partes, así como sus extremos.



Como segundo problema jurídico, habrá de determinarse si es procedente el pago de las condenas determinadas por el fallador de primera instancia a excepción de los aportes a pensión ya que no se refutaron, atendiendo las inconformidades del extremo apelante, en conjunto de la excepción de prescripción propuesta formulada por la encartada.

c. Del caso en concreto:

De la relación laboral sucedida entre las partes:

La parte demandante encontró su reproche en razón a que el fallador de instancia declaró un contrato de trabajo a término indefinido, a pesar que en el transcurrir del trámite procesal se probó existencia de sendos contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año.

En tal sentido, como se desprende de las documentales allegadas por la parte demandada, se aprecia que en efecto fueron allegados diez contratos de trabajo a término fijo que comprenden los siguientes interregnos:

(i) Contrato por el periodo comprendido entre el 16 de enero y el 29 de marzo de 2003, y que tuviera dos prórrogas hasta el 31 de julio y 30 de noviembre de 2003 respectivamente (Fl. 77).

(ii) Contrato por el periodo comprendido entre el 13 de enero y el 30 de junio de 2004, y que tuviese una prórroga hasta el 18 de diciembre de dicha anualidad (Fl. 78).

(iii) Contrato por el periodo comprendido entre el 2 de enero y el 31 de julio de 2005, y que tuviese una prórroga hasta el 20 de diciembre de dicha anualidad (Fl. 79).

(iv) Contrato por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 23 de diciembre de 2006 (Fl. 80).

(v) Contrato por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2007, que suscribiera la actora con la encartada (Fl. 81).

(vi) Contrato por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 20 de diciembre de 2008 (Fl. 82).

(vii) Contrato por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 20 de diciembre de 2009 (Fl. 83).



(viii) Contrato por el periodo entre el 2 de enero y el 20 de diciembre de 2010 (Fl. 84).

(ix) Contrato por el periodo comprendido entre el 1 de enero de enero y el 20 de diciembre de 2011 (Fl. 85); y

(x) Contrato por el periodo comprendido entre el 2 de enero y el 30 de diciembre de 2013 (Fl. 86).

Los referidos contratos, dentro de su contenido tan solo advierten que fueron suscritos por la demandante sin que aparezca rúbrica alguna del empleador.

Así las cosas, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1051-2020, Radicación No. 67426 del 20 de abril de 2020, estudió un asunto de similares condiciones en lo que respecta al análisis y valor probatorio a efectuar sobre los contratos de trabajo que carecen de rúbrica tanto de la parte demandante como de la demandada.

En dicha decisión, el órgano de cierre consideró:

“El contrato presentado por la demandada (Fls 174 a 176) contiene firmas originales, sin embargo, solamente se encuentra suscrito por el representante legal de la empresa accionada y dos testigos, pero no por la trabajadora, razón por la cual no es dable tenerlo en cuenta, tal como lo refirió el colegiado al avalar la ineficacia que de este contrato había declarado el a quo. Esto, como quiera que tal documento no permitiría probar el consentimiento de la demandante frente a las condiciones y demás términos previstos en dicho convenio de trabajo, pues es necesario que las dos partes consientan o aprueben el acuerdo laboral, y en este caso, la ausencia de firma de la trabajadora no permite evidenciar tal supuesto, más cuando durante el proceso ha discutido y se ha opuesto a la fecha inicial prevista en este contrato.

[...]

“Así las cosas, la Sala no encuentra que las pruebas denunciadas logren desvirtuar la conclusión fáctica del colegiado, sin que le asista razón a la censura al afirmar que la ineficacia que el a quo declaró respecto del contrato de trabajo aportado por la demandada (f.º 174 a 176) y que avaló el Tribunal, le impidiera a este acudir a otros medios de prueba para definir el hecho controvertido, esto es, la vigencia de la segunda vinculación entre las partes, pues ello se enmarca en el deber de valoración probatoria contenido en el artículo 61 del CPTSS. Al respecto, así se refirió en sentencia CSJ SL 1 feb. 2011, rad. 38336:

“Con el ejercicio anterior, el Tribunal no rebasó el límite de la racionalidad que le marca el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, puesto que ante la incertidumbre de determinar si el texto añadido al formato del contrato de trabajo, había sido fruto del acuerdo entre empleado y patrono, optó por buscar en otros elementos de juicio la forma de despejar el sombrío panorama que ofrecía la sola confrontación de aquella documental, y la fotocopia simple que allegó la demandada, y con tal propósito centró su atención en las declaraciones de terceros, de las cuales extrajo la conclusión a la que finalmente arribó, amén de la



invocación del contenido del artículo 14 del “Estatuto de Nómina Privada”, que le resultó útil para corroborar que la “cláusula adicional”, no había formado parte de lo que convinieron las partes para regular su relación contractual.

“En ese orden, no se ve como el Tribunal hubiera podido interpretar con desvío la norma adjetiva que lo inviste de amplias facultades para valorar el acervo probatorio, y más bien lo que se advierte, es la pretensión de la censura en hacer prevalecer su particular entendimiento ante esa libertad que en materia de pruebas ostentan los juzgadores de instancia.

Bajo este escenario, es palmario que el análisis de los contratos de trabajo arrimados por la encartada, en atención a la sana crítica que esta Sala les asigna basada en lo reglado del artículo 61 del C.S.T., no pueden entenderse como diferentes relaciones de trabajo suscritas entre las partes, pues según se desprende de su contenido, los mismos no gozan de suscripción por parte de empleador, a excepción del celebrado el 2 de enero de 2013(Fl. 86), situación que no cumple los requisitos del contrato de trabajo a término fijo establecido en el artículo 46 de C.S.T., en el entendido que al ser escrito, lo acertado es que cumpla con ciertas solemnidades, dentro de esas que deba ser firmado por ambas partes.

De ahí que, al no ostentar las rúbricas correspondientes, no se les puede asignar el valor probatorio pretendido por la encartada en atención de las reglas jurisprudenciales ya enunciadas.

Por el contrario, como lo decidió el fallador de instancia, a folio 6 reposa una certificación laboral emitida por la pasiva adiada el 28 de octubre de 2014, donde se evidencia que la actora a dicha fecha llevaba 12 años de relación laboral, por lo que es palmario que se hubiese decidido por el *a-quo* que el contrato de trabajo que ató a las partes fuese a término indefinido, cuyo extremo inicial sucediera a partir del 28 de octubre de 2002, y el final se ocasionara el 30 de diciembre de 2018 como así lo confesó la representante legal de la pasiva en el interrogatorio de parte practicado; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado se confirmará por este puntualísimo aspecto.

De las condenas decididas en primera instancia:

Atendiendo las razones argumentativas del recurso de apelación presentado por la parte demandada, debe la Sala realizar un pronunciamiento de la totalidad de condenas.

Cesantías

Frente a la condena de las cesantías, el *a-quo* ordenó el pago para los años 2002, 2003, 2014, 2015 y 2016, por considerar que no se había acreditado pago alguno, adicional a que sobre las mismas no operaba el fenómeno prescriptivo.



Sea lo primero indicar, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en reiterar que en lo atinente a la prestación social de cesantías, su exigibilidad procede una vez culminado el contrato de trabajo, sentencias SL3462-2014, Radicación No. 82209 del 16 de septiembre de 2020, SL3264-2020, Radicación No. 74557 del 1 de septiembre de 2020, SL1720-2020 Radicación No. 73202 del 24 de junio de 2020, entre otras.

Bajo este entendido, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 30 de diciembre de 2018, es evidente que no operó el fenómeno prescriptivo estimado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la S.S para la exigibilidad de su pago.

A pesar de esto, la Sala colige que contrario a lo decidido por el *a-quo*, existieron pagos de cesantías de algunos de los años alegados como pasa a indicarse, sin previamente dejar asentado que como quedó demostrado en primera instancia, la actora durante toda la relación laboral devengó un S.M.L.M.V. para los correspondientes años.

Las cesantías para los años 2002 y 2003 no demuestran ningún pago por la encartada, por lo que resulta procedente la condena impuesta por estos periodos, ya que se itera, no existe prescripción.

Las cesantías de los años 2014 y 2015, como lo manifestó la encartada en su recurso de alzada, a folios 7 a 10 obra copia del reporte de pago de cesantías del Fondo Nacional del Ahorro que fue arrimado por la demandante y que no fue refutado de falso, en el que se aprecia que en efecto las cesantías fueron consignadas, las del año 2014 el 17 de marzo de 2015 por valor de \$680.000 y las de 2015 el 7 de julio de 2016 en la suma de \$660.000.

Quiere decir lo anterior, que las cesantías del año 2014 se pagaron en su totalidad incluyendo para su liquidación el auxilio de transporte, mientras que las del año 2015, no se cancelaron completas, toda vez que al haber devengado la actora un salario mínimo más el auxilio de transporte, la pasiva debió haber realizado una consignación real de cesantías en la suma de \$718.350, por lo que se condenará a *Manufacturas Botonart S.A.S.* a imputar un pago de \$58.350 por cesantías del año 2015, lo que conduce a que las condenas por estas anualidades se revoquen parcialmente.

Ahora, en lo que concierne a las cesantías del año 2016, a folio 76 obra copia de una liquidación generada el 23 de diciembre de 2016, que si bien corrobora que a la actora e le canceló directamente el monto de \$722.404, tal pago no puede entenderse favorable a la encartada, ello en razón a que de conformidad con lo establecido en el artículo 254 del C.S.T., es prohibido al empleador efectuar pagos parciales por este



concepto antes de la terminación del contrato, que como ya se dijo culminó el 30 de diciembre de 2018 bajo la modalidad de indefinido, por lo que al no haberse consignado las cesantías al correspondiente fondo, la condena impuesta por cesantías para esta anualidad en primera instancia se mantendrá incólume .

Sanción por la no consignación de las cesantías:

Como se ha manifestado a lo largo de este análisis, la demandante solicitó la sanción por la no consignación de las cesantías reguladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de los años 2002, 2003, 2014, 2015 y 2016.

El *a-quo* consideró que existía una mala fe en el actuar de la demandada al pretender varios contratos de trabajo cuando en realidad se configuró uno solo a término indefinido.

Como lo tiene establecido la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías, no se aplica de manera automática, sino que depende de la conducta justificativa del empleador referente a la buena o mala fe con la que actuara, tal como se precisara entre otras en sentencias Rad. 23657 del 29 septiembre 2005; SL10632-2014, Radicación 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No. 43621 del 3 de junio de 2015, y SL2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018.

En sentencia SL4566-2019, Radicación No. 68600 del 23 de octubre de 2019, señaló:

“Conviene no olvidar que la jurisprudencia laboral ha adoctrinado profusamente que la indemnización moratoria no surge de manera automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad y probidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo”.

Como lo consignó el fallador de instancia, se presentó una conducta injustificable que revista a la encartada de buena fe frente al no pago de diferentes anualidades, situación por la que sin lugar a dudas es procedente la cancelación de dicha sanción.

Sin embargo, habrá de revocarse parcialmente las condenas que impuestas por el *a-quo*. Ello en razón a que, el fenómeno prescriptivo de esta sanción, a diferencia de las cesantías, aplica dentro del término de los tres años de conformidad con lo regulado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., y debido a que la demanda se presentó el 12 de octubre de 2017 (Fl. 41), culminando el contrato el 30 de diciembre



de 2018, es claro que la prescripción operó para la sanción por no consignación de las cesantías de los años 2002 y 2003.

Ahora, la sanción del año 2014, al haber tenido la encartada como plazo máximo de consignarlas el 14 de febrero de 2015, actuar que se realizó el 17 de marzo de la misma anualidad (Fl. 8), por lo que hay lugar a su pago pero por el periodo comprendido entre el 15 de febrero y el 16 de marzo de 2015, en valor de \$710.923.

Para la sanción del año 2015, la pasiva tenía como plazo máximo de consignarlas el 14 de febrero de 2016, actuar que realizó el 7 de julio de 2016 (Fl. 8), por lo que hay lugar su pago por el periodo comprendido entre el 15 de febrero y el 6 de julio de 2016, en la suma de \$3.376.245. Además, se deja de presente que, si bien la demandante no consignó el valor total de las cesantías, ya que dejó de consignar la suma de \$58.350, dicho valor a juicio del Sala no es un atenuante que conlleve a que se deba aplicar la sanción hasta el 14 de febrero de 2017, pues no se avizora una conducta que tendiera a menoscabar los derechos laborales.

La sanción del año 2016, a juicio de la Sala y en atención de la buena fe que reviste el análisis de cada caso específico, no hay lugar a condena por esta anualidad, como quiera que al existir un pago de cesantías el 23 de diciembre de 2016 de \$722.404 que se realizaran con una liquidación de prestaciones sociales, puede colegirse que la demandada no desconoció el pago de este concepto y en tal sentido, se absolverá de la sanción para este periodo, más aún, si a la pasiva se le condenó nuevamente a la cancelación de cesantías para esa anualidad de conformidad con lo establecido en el artículo 254 del C.S.T.

De la compensación de vacaciones:

Frente al pago de vacaciones, el Juez primigenio decidió su imputación en el entendido que existía prescripción de algunos periodos conforme a lo alegado en el petitum por la actora, sin que la apelación hubiese sido argumentada en este aspecto ni se interpuso alzada por activa, motivo por el cual se mantendrá incólume lo relativo a la prescripción, esto es, que operó tal fenómeno con anterioridad al 12 de octubre de 2013.

Ahora bien, se aprecia que en la liquidación que se le efectuara a la demandante para el año 2016 (Fl. 76), que se realizó un pago por este concepto en valor de \$278.244, y otro pago por la suma de \$454.482 (Fl. 74), montos que ascienden a \$732.726, y que no fue tenido en cuenta por el Juez primigenio.



A pesar de lo anterior, la condena impuesta por el fallador de instancia se determinó en la suma de \$1.671.384, y realizados los cálculos por el Tribunal se aprecia que la condena asciende a \$1.797.978, sin que el valor allí definido fuese refutado por la parte demandante, por lo que se mantendrá incólume.

Lo dicho conlleva a que, al valor de \$1.671.384 se le descuente el pago que demostró la demandada en la suma de \$732.726, por lo que a esta última se le condenará al pago de \$938.658.

Por todo lo expuesto, la sentencia de primera instancia será modificada parcialmente. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el literal a) del numeral segundo de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada *Manufacturas Botonart S.A.S*, al pago de cesantías del año 2014, y **CONDENAR** al pago del auxilio de cesantías del año 2015 en la suma de \$58.350, manteniendo incólumes los valores determinados para las cesantías de los años 2002, 2003 y 2016, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal b) del numeral segundo de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, en el sentido de condenar a la encartada por la sanción de la no consignación de las cesantías de la siguiente manera:

- a) Absolver del pago de la sanción para el año 2003 por encontrarse prescrita.
- b) Año 2014: Por el periodo comprendido entre el 15 de febrero y el 16 de marzo de 2015 en la suma de \$710.923.
- c) Año 2015: Por el periodo comprendido entre el 15 de febrero y el 6 de julio de 2016 en la suma de \$3.376.245.



d) Absolver de la sanción para el año 2016, por no existir mala fe frente a dicha anualidad de conformidad con los argumentos expuestos.

TERCERO: MODIFICAR el literal c) del numeral segundo de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, en el sentido de condenar a la demandada por concepto de compensación de vacaciones en la suma de \$938.658.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia recurrida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **38 2017 00475 01**
Demandante: JOSE DARIO FORERO MARTINEZ
Demandado: IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y
SALUDCOOP E.P.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandante y *Saludcoop E.P.S* en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Darío Forero Martínez* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y SALUDCOOP E.P.S* en liquidación, para que previo el trámite procesal correspondiente se declare que entre el demandante y las demandadas existió una relación laboral del 21 de enero al 30 de junio del 2016, regida por un contrato por obra o labor; se declare que las demandadas han incurrido en mora frente a la liquidación de las prestaciones sociales producto de la terminación del contrato y en consecuencia, se condene a las mismas al reconocimiento y pago de la liquidación de las prestaciones sociales, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el 21 de enero del 2016 suscribió un contrato por obra o labor con la empresa *IAC Gestión Administrativa*, entidad encargada de las labores correspondientes a Talento Humano de la EPS *Saludcoop*, en el cargo de *Líder Financiero*, con una asignación salarial de \$4.000.000; que el 30 de junio del 2016 le solicitaron presentar la carta de



renuncia por directrices internas de la entidad. El 30 de agosto del 2016 al no recibir el pago de las acreencias, citó a las demandadas a una audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, la cual se desarrolló el 13 de septiembre del 2016.

El 7 de septiembre del 2016, radicó en la oficina de *IAC Gestión Administrativa*, un derecho de petición solicitando el reconocimiento y pago de las acreencias laborales, al no obtener respuesta presentó acción de tutela la cual fue conocida por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal Municipal, el cual profirió fallo el 27 de diciembre del 2016, en contra de la cual presentó impugnación AIC indicando que el encargado del pago de las prestaciones es *Saludcoop EPS*. Destacando que a la fecha no ha obtenido pago alguno.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Con auto del 13 de diciembre del 2018, el despacho tiene por no contestada la demanda por parte de *IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA*.

Por su parte, *Saludcoop E.P.S En Liquidación* se opuso a las pretensiones indicando que el único vínculo laboral que mantuvo con el demandante se extendió del 1° de julio al 6 de agosto del 2016, precisando que no intervino en la relación laboral que pudo mantener el demandante con antelación con un tercero.

Propone como excepciones las que denomina falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria, inexistencia de obligaciones a cargo de *Saludcoop EPS* como empresa matriz y a cargo de las empresas subordinadas, cobro de lo no debido y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de diciembre del 2019, condenó a las demandadas solidariamente a pagar al demandante: \$1.777.778 por cesantías, \$213.333 por intereses de cesantías, \$888.889 por compensación en dinero de las vacaciones y \$22.000.000 por indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del C.S.T, declara no probadas las excepciones propuestas y condena en costas a las demandadas.



Como sustento de su decisión, adujo que se configuró un contrato de trabajo pactado por duración de la obra o labor contratada con *IAC Gestión Administrativa*, vigente entre el 21 de enero del año 2016 y el 30 de junio del año 2016, por virtud del cual el demandante se desempeñó como líder financiero, sumado a que se efectuó un contrato de trabajo adicional el 1º de julio de 2016, por virtud del cual se vinculaba al demandante a *Saludcoop EPS En Liquidación* como Analista Financiero y en similares condiciones en las que se encontraba en *IAC Gestión Administrativa*; por ende, la primera vinculación operó sólo frente a dicha sociedad, máxime que no se alegó que haya fungido como simple intermediaria.

Frene al reconocimiento y pago de las acreencias laborales, causadas con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, particularmente vacaciones, cesantías e intereses de cesantías, no se acredita que al demandante le hayan sido canceladas y frente a la indemnización moratoria, que la pasiva no acreditó en inicio un actuar de buena fe, la cual no obstante se predica con la Resolución 20161400007565 del 14 de diciembre del año 2016, en la que la Superintendencia de la Economía Solidaria dispuso ordenar la liquidación forzosa administrativa de la institución auxiliar del cooperativismo por configurarse las causales de toma de posesión.

Frente a la responsabilidad solidaria de *Saludcoop E.P.S.*, que entre las sociedades se verificó un contrato de prestación de servicios para la actividad de Análisis Financiero, dentro de tal escenario y acorde lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T, se establece la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra entendiéndose como la entidad contratante, respecto de las obligaciones que adquiere el contratista con sus trabajadores, siempre y cuando exista un nexo de causalidad entre la actividad contratada y desplegada por el trabajador con la actividad del beneficiario de la obra, señalando que si bien el objeto principal de la E.P.S es la prestación de servicios de salud, no es menos cierto que para desarrollar esa actividad se requiere hacer valoraciones de aspectos financieros y económicos, por ende, la actividad contratada no escapa a las actividades normales de la empresa o negocio, y por el contrario se exhiben particularmente conexas o complementarias.

Adicionalmente, que se encuentra acreditado en el informativo que *Saludcoop E.P.S En Liquidación* presentaba una situación de control respecto de *IAC Gestión Administrativa En Liquidación*, predicándose la presunción de responsabilidad de



la sociedad matriz o controlante con la situación de concurso o liquidación obligatoria, bajo el entendido que la misma se produjo por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado en virtud de la subordinación que ejerce, respondiendo en forma subsidiaria por sus obligaciones, lo que se desprende de las previsiones del artículo 142 de la Ley 222 de 1995.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que se limita a indicar que las operaciones de *IAC Gestión Administrativa* fue restauradas por la Superintendencia Solidaria.

A su turno, *Saludcoop EPS* interpone recurso de apelación frente a la condena que se hace en forma solidaria, habida consideración que a la luz del artículo 34 del C.S.T, el cargo ejercido por el señor *José Darío Forero Martínez* de Líder Financiero, resulta ajeno al objeto social que desarrollaba *SaludCoop EPS* En Liquidación, el cual corresponde, conforme el certificado de existencia y representación legal, a la prestación de los servicios de salud.

De otra parte, si bien es cierto existe una relación de control respecto de *IAC Gestión Administrativa*, tal como lo indicó Superintendencia de Salud, en concepto del 13 de enero de 1999, mediante oficio 1251063, "*los sujetos vinculados en situaciones de control o grupo empresarial, en los términos de la ley 222 del 95, conservan su individualidad, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias, los supuestos de control establecidos en el artículo 27 de la citada norma suponen una o varias personas controlantes y una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones en forma independiente dentro de los efectos de la subordinación, no se ha establecido la solidaridad de la matriz o en el pago controlante de las obligaciones contraídas por sus filiales o subsidiarias, por el solo hecho de la vinculación*".

De igual manera, que no se establece de forma alguna que, en las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Economía Solidaria, se haya señalado que la liquidación de *IAC Gestión Administrativa* haya sido generada por la matriz.

IV.- CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si en efecto *IAC Gestión Administrativa* no se encuentra en liquidación y si no existe solidaridad entre las hoy demandadas.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre el demandante y la sociedad *IAC Gestión Administrativa* existió una relación laboral regida por un contrato laboral por obra o labor contratada, vigente entre el 21 de enero del año 2016 hasta el 30 de junio del año 2016, en virtud del cual, el demandante se desempeñó en el cargo de *Líder Financiero* con una retribución salarial igual a \$4.000.000, en el marco del cual *Saludcoop EPS* en liquidación fungía como beneficiario de la obra al ser una entidad contratante.

Lo anterior, por cuanto así lo encontró acreditado el fallador de primera instancia y a más de encontrar pleno soporte probatorio en las misivas de folios 168 y 265 a 264, no fue debatido en esta instancia por ninguna de las partes.

d. De la sanción moratoria:

Frente al reparo efectuado por la parte actora, se tiene que el mismo se limitó a indicar que la empresa hoy demandada *IAC Gestión Administrativa* no se encontraba liquidada a la fecha. Reparo que, si bien no puntualiza respecto a que punto de la condena se dirige dicha inconformidad, entiende la Sala que no fue respecto de la sanción moratoria al haber sido limitada por el *a-quo* por razón de la entrada en liquidación de la mentada entidad.



Así, frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias SL 10632 de 2014, SL 2958 de 2015, SL 8216 de 2016 y más recientemente en la sentencia SL 1682 de 2019.

En el caso hoy analizado la falladora de primera instancia, limitó la moratoria hasta la data en que inició la liquidación de la hoy convocada a juicio *IAC Gestión Administrativa* decisión de la cual difiere la parte actora aduciendo que dicha entidad no se encuentra a la fecha liquidada.

Sobre el particular, avizora la Sala que en las probanzas allegadas al plenario únicamente se aportaron: la Resolución No 2016140007565 del 14 de diciembre del 2016 por medio de la cual se ordenó la liquidación forzosa de *IAC Gestión Administrativa* (Fls 169-178), la Resolución No 201740001935 del 21 de abril del 2017 a través de la cual se suspende el proceso de liquidación de *IAC Gestión Administrativa* (Fls 185-189) y la Resolución No 2018330002235 del 22 de marzo del 2018, mediante la cual se ordenó la reanudación del proceso de liquidación forzosa de *IAC Gestión Administrativa* (Fls 1909-196).

Así las cosas, no encuentra la sala fundamento alguno para modificar la decisión primigenia al ordenar el pago de la sanción moratoria del 1° de julio del 2016 al 15 de diciembre del 2016, ello en tanto para dicha fecha se había dispuesto la liquidación forzosa al estimarse como acreditadas las causales de toma de posesión, lo cual implicó que no le era dable destinar montos dinerarios para el pago de las acreencias laborales insolutas. Máxime que no se aportó prueba alguna que acredite que en efecto la sociedad haya sido restaurada, lo cual, en



gracia de discusión, no desvanece la imposibilidad de pago en virtud del proceso de liquidación forzosa.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL962-2018, Radicación No. 57740 del 4 de abril de 2018, señaló:

“Sobre el particular, la Corporación ha sido reiterativa en precisar que, en los casos en los que hay de por medio un proceso de liquidación forzosa es una circunstancia irresistible que impide al empleador remiso efectuar el pago oportuno de las acreencias laborales y excluye por ello la sanción moratoria.

Por lo hasta aquí enunciado se confirmará la decisión adoptada por el *a-quo* respecto a este punto en particular.

e. De la Solidaridad:

La solidaridad es una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista.

El art. 34 del CST, subrogado por el 3º del D. 2351 de 1965, dispuso:

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

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



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

“En efecto, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que no se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del CST, es preciso que las tareas coincidan con las labores normales del dueño de la obra.”

“En sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 38651, se dijo sobre el particular:

*“[...] para que esa solidaridad se configure, **no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.**”*

De la norma se establece la solidaridad entre el contratista (empleador) y el beneficiario o el dueño de la obra con relación a las obligaciones laborales, y cuando hace referencia al dueño de la obra no efectúa distinción alguna acerca de la naturaleza jurídica de este, por tanto, el artículo en mención se aplica tanto a las personas de derecho privado como a las personas de derecho público cuando contratan la ejecución de una obra con una persona jurídica o natural del sector privado.

En claro lo precedente se tiene que en el *sub-lite* la *EPS SALUDCOOP* suscribió el contrato DNC-0379-2014 con la empresa *IAC Gestión Administrativa*, para el desarrollo de las actividades que se aduce en el contrato aparecen en el Anexo No



1 (Fls. 265 a 274), siendo patente que con fundamento en el mismo el demandante desarrolló las actividades de *Líder Financiero*.

De otra parte, se advierte que el objeto social de la *EPS SALUDCOOP* tiene por objeto la afiliación y registro de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el recaudo de sus cotizaciones, así como organizar y garantizar, directa o indirectamente la prestación del PBS a sus afiliados, tal y como se indica en el certificado de la Cámara de Comercio de folios 238 a 253; mientras que *AIC Gestión Administrativa En Liquidación*, tiene por objeto el cumplimiento de actividades orientadas a proporcionar preferentemente a los organismos del sector cooperativo el apoyo y ayuda necesarios para facilitar el mejor logro de sus propósitos económicos y sociales, prestando como *outsourcing* los servicios de gestión administrativa, comercial y jurídica que se requiera (Fls 160-167)

Así las cosas, si bien es cierto que el objeto social de ambas entidades es aparentemente disímil, también lo es que los servicios administrativos que fueron prestados por *IAC Gestión Administrativa En Liquidación* a la *EPS SALUDCOOP*, resultaban indispensables para que la primera desarrollara su objeto social; puntualmente, respecto al cargo desarrollado por el demandante como Líder Financiero, resulta fehaciente que la *EPS SALUDCOOP* no podría desarrollar la actividad de recaudo de las cotizaciones, ni mucho menos la organización de la prestación del PBS, sin contar para ello con un área financiera, a más que acorde a su cargo debía tomar decisiones de relevancia o impacto para la EPS.

Bajo este hilo conductor, comparte la Sala el criterio del fallador de primera instancia, consistente en que las actividades desarrolladas por el contratista y particularmente del hoy demandante, no resultan ajenas al giro normal de las actividades desarrolladas por la contratante *EPS SALUDCOOP*, quien fuere beneficiaria de dichas labores.

Finalmente, en lo que respecta al reparo formulado en la alzada frente a la calidad de matriz y subordinada que se predica de las entidades hoy convocadas a juicio, basta indicar que con ocasión de lo indicado en precedencia, resulta innecesario realizar un pronunciamiento sobre el particular, por cuanto en el presente proceso la solidaridad laboral se fundamenta en el artículo 34 del C.S.T, y por ende dicho supuesto de facto no la enerva ni desvirtúa.



Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:


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

RESUELVE:

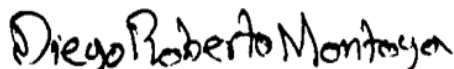
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

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

Ordinario Laboral 110013105038 201800548 01
Demandante: CARMEN MARCELA DIAZ ESTRADA
Demandado: COLPENSIONES OLD MUTUAL S.A, COLFONDOS S.A Y
PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación propuesto por *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, así como a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 17 de febrero del 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Carmen Marcela Díaz Estrada* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Old Mutual S.A, Colfondos S.A y Porvenir S.A* a efectos que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante en *Porvenir S.A*, al no haberle proporcionado dicha administradora una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiendo la información sobre los riesgos que debía asumir; se declare que las AFP incurrieron en la omisión en el deber de información y que la demandante debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP *Colfondos S.A* al traslado de los aportes cotizados a *Colpensiones* y a esta última entidad a aceptar dichos aportes y registrar a la demandante como su afiliada y sin solución de continuidad desde el 15 de septiembre de 1994; y se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que se afilió al *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones*, el 15 de septiembre de 1994, aportando previo al traslado 2,29 semanas; que se afilió a *Porvenir S.A* en el mes de septiembre de 1994, encontrándose afiliada a la presente fecha a *Colfondos S.A*.

Precisa que el funcionario que la asesoró de *Porvenir S.A*, no le informó el valor de su mesada pensional, no le elaboró la correspondiente proyección, ni le indicó sobre las desventajas del traslado de régimen, brindándole una información sesgada.

Que el 11 de abril del 2018 elevó derecho de petición a *Porvenir S.A* solicitando la invalidación de la afiliación, asimismo, radicó formulario de afiliación ante *Colpensiones* el 18 de abril del 2018, pero la misma le fue denegada por parte de dicha entidad. De otra parte, *Porvenir S.A* mediante comunicación del 11 de abril del 2018, le indicó a la promotora que no contaban con los elementos de juicio suficientes para dejar sin efectos la afiliación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que el traslado no fue realizado atentando contra una prohibición legal, por el contrario, se dio en cumplimiento de todos los presupuestos legales.

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

Por su parte, *Old Mutual S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, expresando que la demandante ni siquiera expresó la naturaleza de la nulidad o ineficacia que se pretende.



Formuló como medios exceptivos de fondo los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Colfondos S.A en su escrito de contestación indica que le brindó a la demandante una asesoría y reasesoría, integral y completa de todas las implicaciones de su decisión de trasladarte de régimen.

Presentó como como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicita la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligaciones a cargo exclusivo de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Por su parte *Colpensiones* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que estas carecen de fundamento legal. Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y la obligación, excepción e error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones prestadoras de seguridad social del orden público.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 17 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada con *Porvenir S.A* en 1994 a partir del mes de octubre de esa anualidad, ordenó a *Colfondos S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por concepto de aportes con todos sus rendimientos, e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivientes, así como a realizar todas las gestiones administrativas correspondientes para efectivizar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a *Colpensiones* recibir los recursos de la AFP *Colfondos S.A*, declara no probadas las excepciones propuestas y se abstiene de imponer costas a las demandadas.



Lo anterior por cuanto consideró que a la demandante no se le suministró la debida información sobre las implicaciones del traslado de régimen, carga probatoria que le incumbía a las AFP demandadas; agrega que no se pudo inferir el cumplimiento de dicha obligación con lo indicado por la demandante en el interrogatorio de parte, ni mucho menos con el diligenciamiento del formulario de afiliación.

Asimismo, precisa que acorde los lineamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la devolución de los aportes deberá realizarse de forma íntegra, sin realizar descuento alguno por concepto de gastos de administración.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA Y APELACIÓN:

Porvenir S.A inconforme con la decisión del *a-quo*, presenta recurso de apelación, en el que en síntesis indica que por activa no se deprecó la ineficacia del traslado, sino la nulidad de dicho acto, frente a la cual opera el fenómeno prescriptivo.

A su turno *Colpensiones* presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que cualquier nulidad en el acto del traslado está con el actuar de la demandante, en tanto verificó traslados horizontales en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aunado a que existe una prohibición legal y constitucional de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que se dable que se beneficie de los aportes realizados por otras personas que siempre se han mantenido en el referido régimen pensional.

Como quiera que la sentencia fue adversa a *Colpensiones*, se dispuso el análisis de en el grado jurisdiccional de consulta, por fungir La Nación como garante de dicha entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:



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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

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



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

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

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



STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 1° de septiembre de 1994 (Fls 235), así como del 26 de junio del 2012 (Fl 236), formulario de afiliación a *Skandia* hoy *Old Mutual S.A* del 22 de marzo del 2011 (Fl 266) y del 28 de agosto del 2014 a *Colfondos S.A* (Fl 293), en los que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación*



se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por cuanto en modo alguno dio cuenta que al momento del traslado se le hayan explicado las características de ambos regímenes, ni mucho menos las consecuencias del traslado, únicamente precisó que estuvo en una reunión grupal realizada en la empresa en donde laboraba, en la cual le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar.

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

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

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

En ese orden de ideas no se avizora que la accionada haya cumplido el *onus probandi* de acreditar el cabal cumplimiento del deber de información, lo que apareja la ineficacia del traslado, y de contera el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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



“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



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

V. DECISIÓN:

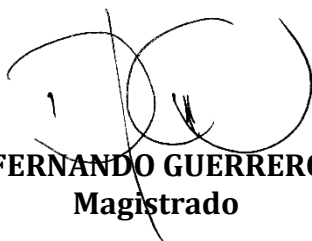
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

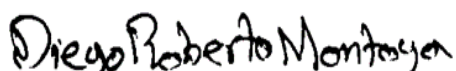
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de febrero del 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 39 2018 00485 01
Demandantes: LEONOR MARINA PUIN CAMACHO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

En consideración a la sustitución del poder allegada por *COLPENSIONES*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctora *Lilian Patricia García González* identificado con C.C. No. 52.199.648 y T.P No. 187.952 del CSJ en calidad de apoderada de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Leonor Marina Puin Camacho*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, para que se declare la nulidad del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a *Colfondos S.A* con fecha de efectividad a partir del mes de mayo del 2002, ante la omisión en el deber de información que recae sobre la demandada.

Como consecuencia de lo anterior, condene a *Porvenir S.A*, a la cual se encuentra actualmente afiliada, a restituir a *Colpensiones* a recibir a la demandante como afiliada, junto con los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el Régimen



de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, anhela se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de la demandante a partir de cuando se afilió a *Porvenir S.A*, al no poderse predicar la existencia de un consentimiento libre, voluntario e informado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que estuvo afiliada al *Instituto de Seguros Sociales* desde el 29 de julio de 1986, no obstante, el 1° de mayo de 2002 se trasladó a *Colfondos S.A* sin haber recibido un asesoramiento e información completa, transparente, clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional.

Por lo anterior, mediante solicitud con radicado No 2017_10214336 del 2017 solicitó a *Colpensiones* el traslado de régimen, pero esta fue rechazada por la demandada con escrito del 27 de septiembre del 2017. Precisando que a la fecha se encuentra afiliada ante la AFP *Porvenir S.A*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* indicando que se opone a las pretensiones toda vez que el traslado de la demandante es válido, toda vez que bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, los asesores de la AFP prestaron la asesoría.

Propuso y sustentó las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de nulidad y no procedencia al pago de costas procesales por parte de la entidad.

Colfondos S.A en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones, aduciendo que brindó a la demandante una asesoría integral y completa, respecto de las implicaciones de su decisión.



Propuso y sustentó las excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de la causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda expresando que en ningún momento omitió el deber de información y la afiliación la realizó agotando todos los requisitos exigidos por la ley.

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

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 14 de enero del 2020, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Colfondos S.A.*, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por ende, se debe entender que jamás se separó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que además deberá entenderse respecto de la afiliación a *Porvenir S.A.*; condenó a *Porvenir S.A.* y *Colfondos S.A.* a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, con destino a *Colpensiones*; ordenó a *Colpensiones* a recibir los recursos, declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas.

Lo anterior por cuanto consideró que, si bien existió una contradicción entre el libelo inicial en el que se indicó que el asesor no le brindó la información suficiente al momento del traslado y el interrogatorio de parte en el que dijo que no hubo un asesor, lo cierto es que contrastando los formularios allegados, se puede advertir que no hubo tal asesoría, pues se suscribieron dos formatos en diferentes fechas sobre un acto que ya se había efectuado como lo era el cambio de administradora de cesantías y de haber existido un asesor, no se acreditó que hubiere brindado una debida información, carga probatoria que le corresponda a la AFP llamada a juicio, por lo que consideró ineficaz el traslado, lo cual no es saneable.

Por otro lado, manifestó que el demandante no fue beneficiario del régimen de transición, sin embargo, cumple con los requisitos para pensionarse conforme con



la Ley 100 de 1993, pues cumplió 62 años de edad en noviembre de 2017 y acumuló 2147,15 semanas. No obstante, al no acreditarse la novedad de retiro, dispuso que la pensión debía reconocerse cuando esta se presentara, liquidándose la prestación en los términos de los artículos 21 y 34 de la referida normativa.

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

La apoderada de la AFP *Porvenir S.A*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, aduciendo que el formulario de afiliación se suscribió de forma libre y voluntaria, sin que existiera ningún tipo de apremio, documento que no fue tachado de falso para efectos procesales, por tanto se presume auténtico, por manera que la demandante si tuvo conocimiento de la información, además se traslado a los 38 años de edad, luego es una decisión consciente e informada, que si bien indica que no se le brindó la información debida, lo cierto es que el deber de información surgió por un concepto del 2004 de la Superintendencia Financiera que precisó la necesidad de documentar esa información, ante lo cual se emitió un comunicado a través del diario EL TIEMPO, el cual es de amplia circulación.

Luego si se acreditó el deber de información, además la demandante continuó cotizando, resolviendo todas sus dudas a través de los canales que ofrece *Porvenir S.A*. Tampoco se puede indicar que estamos frente a una ineficacia de pleno derecho, pues esta indica que cuando no se cumple con uno de los requisitos del acto jurídico, lo cual no acontece en el plenario.

Finalmente, respecto de la prescripción indica que la misma si opera y está sujeta al término de cuatro (4) años contemplado en el C.C.

Por su parte, *Colpensiones* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que si bien es cierto la demandante ejerció su derecho de traslado de régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, en la misma no se demuestra que exista un vicio de nulidad y por tanto, se esta frente a una afiliación valida; además la demandante demostró su intención de mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues no solicitó información sobre su pensión, ni ejerció su derecho a trasladarse de régimen dentro del término legal. Aunado a esto, ratificó su voluntad al continuar con sus afiliaciones entre AFP.



Finalmente, que se encuentra prescrito el derecho conforme al C.C, pues contaba con cuatro (4) años para alegar la rescisión. Aunado a ello también estaría prescrito acorde al artículo 488 del C.S.T y 151 del C.P.T

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Colfondos* del 15 de septiembre de 1995 (Fl 119), así como un certificado de afiliación a *Porvenir S.A* que da cuenta del traslado de la demandante a dicha entidad el 1° de julio del 2013 (Fl 131), precisando que si bien la afiliación en el formulario de indica que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría, por cuanto adujo que para el traslado inicial era Juez Promiscuo Municipal cuando un asesor le indicó que en la AFP tendría mejores garantías, además que el ISS se iba a liquidar, y que luego de traslado a *Porvenir S.A* porque seguramente alguien le dijo que era la mejor opción.

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



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

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

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

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

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

Frente a las consecuencias del traslado, al ser analizado el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de



vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

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

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

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

Finalmente, en lo tocante al reparo formulado en la alzada frente a la prescripción, debe acotarse que no procede la excepción de prescripción, pues tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*.

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

VI.- DECISIÓN:



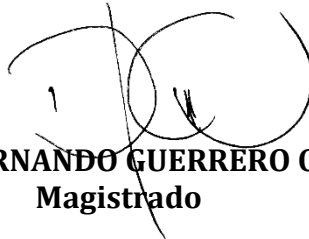
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

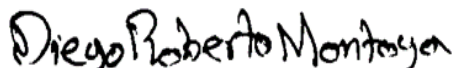
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de enero del 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 35 2012 00855 01
Demandante: HÉCTOR JULIO MENESES GUZMÁN
Demandado: FIDUPREVISORA S.A., en su condición de VOCERA Y
ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE
PANFLOTA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS
como administrador del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y
ASESORES EN DERECHO S.A.S. como mandataria en
representación de PANFLOTA.

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la *Federación Nacional de Cafeteros*, en contra de auto proferido el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, con ocasión al auto donde el *a-quo* declaró no probada la excepción previa denominada “*No comprender la demandada a todos litis consortes necesarios*”, formulada por la *Federación Nacional de Cafeteros*, en su calidad de *administradora del Fondo Nacional del Café*.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., respecto de la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por cuanto las pretensiones fueron totalmente adversas a sus intereses.

AUTO:

Por pasiva se formuló la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, fundamentada en el hecho que debió haberse citado al proceso a La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto es el titular del Fondo Nacional del Café, siendo la Federación nada más su administrador.

Por tal sentir, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 del C.G.P., no es posible resolver de fondo el asunto sin la comparecencia del ente ministerial, pues la cláusula tercera del contrato de administración del Fondo Nacional del Café, dispone que el Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café, que está integrado paritariamente por el Gobierno y representantes



del gremio cafetero, y que cuando se presenten empates en la toma de decisiones, serán dirimidos por el Presidente de la República, por lo que se puede colegir que la Federación no está conminada a la toma de decisiones del Fondo Nacional de Café.

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en auto proferido en la etapa de resolución de excepciones previas de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S., negó la excepción previa denominada no comprender la demandada a todos los litisconsortes necesarios, considerando que, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café, el objeto de dicho acuerdo de voluntades es regular la administración del Fondo Nacional del Café, así como que el órgano de dirección es el Comité Nacional de Cafeteros el cual se encuentra integrado por los representantes del Gobierno y el gremio cafetero, en virtud de lo cual el ente ministerial hace parte de dicho organismo.

A pesar de ello, también existen otros Ministerios, así como el Departamento de Planeación, sin que en el texto del mismo se establezca la calidad aducida por el excepcionante como base necesaria para la vinculación al proceso del Ministerio pretendido.

CONSIDERACIONES:

Para resolver el medio exceptivo, es menester traer a colación el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café suscrito por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, cuyo objeto contractual del mismo se encuentra pregonado en su cláusula cuarta que a la letra reza (Fls. 100 a 202 – Cuaderno 1):

*“CLÁUSULA PRIMERA: **Objeto del contrato:** El objeto del presente contrato es regular la administración del Fondo Nacional del Café por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, responsabilidad que compete a la FEDERACIÓN por la vocación que le reconocen las leyes en su calidad de entidad nacional representativa del Gremio Caficultor.*

“La FEDERACIÓN mantendrá la plena vigencia de los principios democráticos en la integración de sus órganos colegiados de dirección y representación, consagrados en sus estatutos”.

A su vez, la cláusula tercera dispone:

*“CLÁUSULA TERCERA: **Comité Nacional de Cafeteros:** El órgano de Dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café es el Comité Nacional de Cafeteros, el que para efectos del presente contrato, estará integrado por Representantes del GOBIERNO y Representantes del Gremio Cafetero, así: a) En representación del GOBIERNO son miembros suyos los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Agricultura y Desarrollo Rural, cuya participación no será delegable; el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, quien podrá delegar su representación en el*



Viceministro o en el Negociador Internacional de Comercio Exterior; y el Director del Departamento Nacional de Planeación, quien podrá delegar en el Subdirector de Planeación Nacional. Los Ministros de Relaciones Exteriores y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial serán invitados a las sesiones en las cuales se traten temas relacionados con las funciones de sus respectivos Despachos. b) En representación del Gremio Cafetero forman parte del Comité los miembros que establezcan los Estatutos de la Federación. (...)”.

Como se puede apreciar, es claro que para la administración del Fondo Nacional del Café está en cabeza del Comité Nacional del Café, compuesto tanto por representantes del Gobierno Nacional a través de algunos entes ministeriales incluido el de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, como por representantes del gremio cafetero.

Ahora bien, como lo sostuvo el *a-quo*, el mencionado contrato en nada refiere que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sea el titular del Fondo Nacional del Café, pues se itera, el comité dispuso que si bien el Gobierno Nacional era interventor, quedó consignado que su participación se podía realizar por varios entes sin que fuese únicamente la cartera de Hacienda como lo pretende hacer ver el recurrente.

En tal sentido, se puede colegir que al no existir una responsabilidad exclusiva al Ministerio de Hacienda y al no obrar prueba dentro del plenario que advierta lo contrario, y que de existir alguna responsabilidad, habría de integrarse a todo el conjunto de entes derivados del Gobierno Nacional, aspecto que no fue pretendido, por lo que la Sala logra concluir que habrá de confirmarse la negativa de declarar no probada la excepción denominada no comprender la demandada a todos los litisconsortes necesarios, formulada por la *Federación Nacional de Cafeteros* como *Administrador del Fondo Nacional del Café*.

En virtud de lo anterior, se

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el en su integridad la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante el cual se declaró no probada la excepción previa formulada por la *Federación Nacional de Cafeteros* como *Administrador del Fondo Nacional del Café*, denominada “no comprender la demandada a todos los litisconsortes necesarios”, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

Una vez desatado el recurso de alzada contra el auto referenciado, procede la Sala a proferir la siguiente;



SENTENCIA:

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Héctor Julio Meneses Guzmán*, formuló demanda ordinaria en contra de *La Fiduprevisora S.A.*, en su condición de *Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo de Panflota*, la *Federación Nacional de Cafeteros* como *Administrador del Fondo Nacional del Café*, y *Asesores en Derecho S.A.S.* como mandataria en representación de *Panflota*, con la finalidad que, en virtud de lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006, el promedio de lo devengado en el último año de servicios, esto es, entre el 20 de junio de 1989 y el 20 de junio de 1990 sea indexado al 4 de mayo de 1991, en concordancia con las variaciones anuales del IPC, con el objeto de aplicarle el 75%, y de esta forma, determinar el valor de la mesada pensional inicial de su pensión de jubilación.

Por consiguiente, en virtud de lo consignado en la Resolución No. 031 de 1991 emanada por la Flota Mercante Colombiana, se le dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, y por tanto, se ordene que la mesada reliquidada se incremente anualmente con la variación ordenada por el Gobierno Nacional para su el salario mínimo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 4 de mayo de 1936, prestando sus servicios a la *Flota Mercante Grancolombiana* entre el 7 de julio de 1955 y el 10 de octubre de 1968, y luego entre el 7 de abril de 1972 y el 20 de junio de 1990, según se corrobora en la Resolución No. 032 del 4 de junio de 1991, a través de la cual se le reconoció pensión de jubilación.

Que devengó un salario promedio mensual en el último año de servicios equivalente a 4.301.15/100 dólares, así como que la tasa representativa del mercado para el momento de su retiro, esto es junio de 1990, era de \$497.31, de ahí que su promedio real mensual en el último año de servicios haya correspondido a \$647.075.

Adujo igualmente que, el 25 de junio de 2012, solicitó al agente liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación Obligatoria, la reliquidación de su pensión de jubilación en concordancia con lo establecido en la Sentencia C-862 de 2006, quien en su respuesta tan solo se pronunció frente al tema



del incremento anual de la pensión, pero omitió por completo lo referente a la indexación de la base salarial, a pesar de que en el numeral segundo de la resolución que reconoció la pensión, se expresa que los incrementos anuales de la pensión deben realizarse de acuerdo a lo ordenado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo.

Mencionó que su primera mesada pensional equivalente a \$594.682.79, le fue reajustada de oficio el 1 de enero de 1991 con el incremento del salario mínimo mensual, a partir de 1995, atendiendo lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 el valor de la mesada fue incrementada anualmente con la variación del IPC, desatendiendo lo dispuesto por el artículo 2 de la Resolución No. 032 de 1991.

Por último, adujo que el valor de su mesada pensional para el año 2012, actualizada con el IPC a partir del 1º de enero de 1995, en la forma que lo ordena la Ley 100 de 1993, equivale a \$5.806.123, y una vez indexada la base salarial y actualizada la mesada pensional con la variación anual del salario mínimo mensual es equivalente a \$7.413.948.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Fiduprevisora S.A.*, en su condición de *Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo de Panflota*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el demandante dirigió su demanda en contra de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en Liquidación obligatoria anteriormente denominada Flota Mercante Grancolombiana S.A., sin que se haya llamado a integrar a la litis a *Fiduprevisora S.A.*, de ahí que se determine claramente que las pretensiones de la demanda no van dirigidas en su contra.

Además, resaltó que se le está vinculando en razón del contrato de Fiducia Mercantil de administración y fuente de pagos No. 3-1-0138 de 2006 suscrito entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación obligatoria y ella como sociedad, cuyo objeto consiste en la constitución de un Patrimonio Autónomo el cual se denomina Fideicomiso PANFLOTA con los recursos y bienes que le sean transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración de dicho contrato, y los recursos que posteriormente le sean trasladados acorde con lo descrito. Asimismo, que en la cláusula 4, numeral 16, se establece que la Fiduciaria deberá pagar las obligaciones surgidas de los compromisos adquiridos siempre y cuando existan recursos suficientes en el Patrimonio Autónomo; circunstancia por la cual, depende única y exclusivamente de las instrucciones que el fideicomitente le entregue.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación e innominada.



La *Federación Nacional de Cafeteros como Administrador del Fondo Nacional del Café*, llamada como litisconsorte, se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, con el argumento que al proceso ha debido citarse a La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto es el titular de Fondo Nacional del Café, siendo la Federación únicamente su administradora.

Propuso las excepciones de inexistencia de la responsabilidad subsidiaria, inexistencia de unidad de empresa entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., inexistencia de la obligación, extinción de la persona jurídica de la sociedad deudora Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación obligatoria, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la Causa, y límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz con relación a su subordinada que entra en insolvencia.

A su vez, formuló las excepciones previas denominadas no comprender la demandada a todos los litisconsortes necesarios y pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

Asesores en Derecho S.A., como Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo de Panflota, también llamada como litis consorte necesario, se opuso a las pretensiones teniendo como argumento que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. hoy en día liquidada no cuenta con recursos para los pagos de acreencias y de hecho para los pagos de administración dentro de los cuales se incluye el pago de las mesadas pensionales.

En lo que respecta a la indexación de base de liquidación de la mesada pensional, la Corte Suprema de Justicia concluyó que la inflación generaba un fenómeno social problemático, en tanto ocasionaba pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y, que ante tal panorama, debían adoptarse correctivos tales como la indexación en aras de restaurar el equilibrio económico, lo cierto es que en el presente caso dicha situación no se da, pues como lo dispuso el liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se reconocería la pensión atendiendo la normativa vigente al momento de cumplir la edad, esto es, 1º de octubre de 2010, en vista que en efecto la inflación del poder adquisitivo de la pensión se contrarresta mediante la conversión del valor de la mesada de dólares americanos a pesos colombianos.

Propuso las excepciones de improcedencia de indexación del ingreso base de liquidación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, innominada o genérica, y la denominada oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.



II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas por el demandante.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A le reconoció pensión de jubilación al actor mediante en la Resolución No. 032 del 4 de junio de 1991, a partir de 4 de mayo de 1991 del mismo año, teniendo como IBL lo devengado en el último año de servicios que arrojó la suma de 1.301,15 dólares, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% generándole una suma pensional en dólares de 975,87, monto al cual se le aplicó la tasa de cambio vigente al momento en que el actor reunió los requisitos.

En tal sentido, resultó ser palmario que la misma prestación fue tazada en moneda extranjera, más exactamente en dólares, por lo que a efecto de tasar el valor en pesos colombianos, se aplicó la tasa de cambio vigente al momento en que se cumplieron los requisitos para acceder a la misma.

Por ello, siguió su argumento en el hecho que la indexación de la primera mesada pensional es viable respecto de las pensiones causadas con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991 conforme a los lineamientos emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, dicha figura no es aplicable al presente caso, como quiera que la prestación económica reconocida se hizo en moneda extranjera a las cuales se les aplica la tasa de cambio oficial para el momento del pago, lo que hace que se compense la pérdida del poder adquisitivo, situación que también ha sido manifestado por la Corte Suprema de Justicia.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Se deja de presente que el asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 C.P.T. y de la S.S., pues las pretensiones de la demanda fueron totalmente adversas al demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse como problema jurídico, si es procedente la indexación de la primera mesada pensional del demandante a partir de la fecha en que inició a recibir su pensión, que lo fue el 4 de mayo de 1991, junto con el retroactivo de las diferencias de las mesadas pensionales.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos, en primer lugar, debe indicarse que en el trámite procesal, más exactamente en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se declaró la sucesión procesal en los términos establecidos en el artículo 68 del C.G.P, por cuanto el demandante falleció en el transcurso del proceso, situación que se demostró con la copia del Registro Civil de Defunción (Fl. 267 – Cuaderno 2), sucesión que se dio con la cónyuge del demandante señora *Mary Stella Suárez de Meneses* al haberse demostrado la condición civil con el Registro Civil de Matrimonio (Fl. 265), por lo que para todos los efectos legales será ésta última la demandante dentro del asunto de la referencia.

Como ya se enunció, lo pretendido por el extremo accionante es la indexación de su primera mesada pensional y, por consiguiente, el retroactivo de las diferencias en sus mesadas pensionales respecto de dicha indexación.

De la documental que reposa en el proceso, se aprecia que al señor *Héctor Julio Meneses Guzmán*, la antigua Flota Mercante Grancolombiana S.A. mediante Resolución No. 032 del 4 junio de 1991, le reconoció pagó pensión de jubilación a partir del 4 de mayo de 1991, en cuantía de \$594.682,79 (Fls. 47 y 48 – Cuaderno 1).

En la parte motiva del Acto Administrativo, quedó consignado que el actor devengó un salario mensual en el último año de servicios la suma de US \$1.301.15, monto al que le fue aplicada una tasa de reemplazo del 75% que arrojó la suma de US \$975.87, el cual al cambio oficial de \$609.39 vigente cuando reunió los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación ascendía a \$594.682.79.

De lo anterior, se puede colegir que la tasación de la prestación se efectuó en moneda extranjera (dólares), y a su vez, para el interregno en que se reconoció el derecho



pensional, la antigua Flota Mercante aplicó la tasa de cambio vigente, que como y se dijo fue el 4 de mayo de 1991.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia ha hecho un análisis sobre la procedencia de la indexación de mesadas pensionales incluso, reconocidas con anterioridad a la Constitución Política de 1991, indexación que se aplica a pensión tanto de origen legal como extralegal; así lo sostuvo en la sentencia SL3863-2020, Radicación No. 79577 del 15 de septiembre de 2020:

“La línea de criterio jurisprudencial que se ha desarrollado entorno a la indexación de la primera mesada pensional ha sido objeto de constantes variaciones al interior de esta Corporación.

“Al respecto, se advierte que el precedente que actualmente impera tiene que ver con que la indexación de la primera mesada pensional ha de proceder indistintamente de la naturaleza jurídica de la prestación -sea de origen legal o convencional-, así como de la fecha a partir de la cual fue reconocida.

“Lo anterior, teniendo en cuenta que dicho criterio modificó la jurisprudencia que en su momento se encontraba vigente, la cual sostuvo, que la indexación de la primera mesada constituía una excepción a la regla y que, en tal sentido, sólo era procedente respecto de las prestaciones reconocidas en vigencia de la Ley 100 de 1993.

“Dicha posición varió y permitió la indexación de las pensiones tanto legales como convencionales otorgadas, siempre que las mismas fueran causadas con posterioridad a julio de 1991, es decir, la fecha de vigencia de la Constitución Nacional.

“Sin embargo, se reitera, la actual posición de esta Sala ha establecido que todas las pensiones, tanto legales como extralegales, indistintamente de si fueron reconocidas antes o después del 1991, pueden ser objeto de indexación. Así quedó consignado en la sentencia CSJ SL13356-2017, la cual dispuso:

“Posteriormente, se modificó la jurisprudencia, estableciendo que la indexación de las pensiones era excepcional, que su único fundamento era la Ley 100 de 1993 y solo procedía respecto a pensiones legales causadas en su vigencia; postura que años después fue morigerada, cuando se admitió la indexación de pensiones legales causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero en vigencia de la Constitución de 1991, y luego, extendiendo la indexación a las pensiones extralegales, bajo las mismas condiciones de causación.

“Finalmente, la sentencia CSJ SL13256-2017 precisó:

“Como lo había sostenido esta Sala de la Corte en las sentencias del 8 de febrero de 1996, Rad. 7996 y 5 de agosto de 1996, Rad. 8616, constituye un hecho notorio que los ingresos del trabajador sufren una pérdida significativa de su poder adquisitivo, cuando media un lapso considerable entre la fecha en la cual se retiran del servicio y aquella en la cual les es reconocida la pensión de jubilación. Asimismo, como también lo había reconocido la Sala, ese fenómeno impacta por igual a todas las pensiones de jubilación que se ven sometidas a la devaluación de la moneda, sin importar su naturaleza legal o extralegal, o la fecha en la que hubieran sido reconocidas, entre otras, porque la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es una realidad palpable con anterioridad y con posterioridad a la expedición de normas como la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993.



“Si las pensiones de jubilación se ven enfrentadas por igual al mismo fenómeno inflacionario, no existe, a primera vista, una razón o condición derivada de la fecha de su reconocimiento, que autorice un trato desigual, a la hora de adoptar correctivos como la indexación de los salarios tenidos en cuenta para la liquidación. Por lo mismo, para estos efectos, no deberían existir diferenciaciones o categorizaciones de pensionados, que pudieran resultar arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.”

Ahora, a pesar de la procedencia de la indexación, las pretensiones del demandante no tienen vocación de prosperidad, como quiera que al haberse efectuado el cálculo de la prestación en moneda extranjera, a la que se le aplicó la tasa de cambio la tasa de cambio oficial al momento del correspondiente pago, trascendencia que hace que se compense la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano.

Este tópico también ha sido analizado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en situación relacionadas con la Flota Mercante Grancolombiana, siendo ejemplo la sentencia SL1835-2019, Radicación No. 56396 del 28 de mayo de 2019, en la que se expuso:

“Se adelanta desde ya que el cargo no puede prosperar, porque no se exhibe ningún fundamento jurídico para demostrar que una obligación pactada en una moneda extranjera fuerte como el dólar, deba también recibir el beneficio de la indexación, siendo distintas sus condiciones frente a la moneda nacional, que es víctima de una devaluación constante, elemento este que motiva la condena por aquella.

“En efecto, no puede olvidarse que esta es una forma de actualización de las obligaciones dinerarias, que tiene como objeto esencial la defensa del salario del trabajador, frente a los embates de la devaluación que sufre el peso colombiano. Este aspecto, no lo sufre el dólar americano, hecho conocido suficientemente y sobre el cual dijo la Corte, en la sentencia CSJ SL4975-2018:

“De igual forma, como el demandante devengó en el equivalente a dólares americanos, la Sala no indexará los salarios percibidos, toda vez que esta moneda claramente conserva mejor su capacidad adquisitiva y no se devalúa en la misma magnitud que el peso de nuestra economía, caracterizada por ser altamente inflacionaria, de manera que la posible pérdida del poder adquisitivo de la pensión aquí controvertida se contrarresta mediante la conversión del valor de la mesada de dólares a pesos colombianos. En la sentencia SL2575-2015, sobre este particular, la Sala asentó:

“Como se acordó que la pensión se reconocería teniendo en cuenta la tasa de cambio oficial, no hay lugar a la indexación del Ingreso Base de Liquidación, pues el efecto de la inflación en el poder adquisitivo de la pensión se contrarresta mediante la conversión del valor de la mesada de dólares americanos a pesos colombianos. Así se afirma por cuanto es un hecho notorio que para la fecha en que se causó el derecho pensional del demandante, el dólar americano tenía un valor superior al que tiene en la actualidad debido a la revaluación que, frente a dicha moneda, ha sufrido el peso colombiano”.

Así las cosas, es palmario que la devaluación de la moneda colombiana se contrarresta con el cambio oficial de dólares a pesos colombianos, escenario que remplaza la pérdida del poder adquisitivo; circunstancia por la cual, al no encontrar ninguna afectación en el monto de la pensión que se le reconociera al demandante a través de la Resolución



No. 032 del 4 de junio de 1994, la decisión de primer grado habrá de confirmarse. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN:


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

RESUELVE:

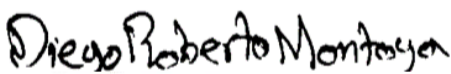
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 17 de octubre de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

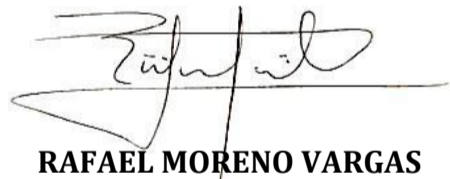
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 16 2014 00528 01
Demandante: LUCY CELIS PEREIRA
Demandado: GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., LOTERÍA DE BOGOTÁ y BOGOTÁ D.C.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, con ocasión a la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, como quiera que la decisión fue adversa a sus pretensiones.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Lucy Celis Pereira* promovió demanda ordinaria en contra del *Grupo Empresarial en Línea S.A.*, la *Lotería de Bogotá y Bogotá D.C.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la primera de las encartadas, siendo la *Lotería de Bogotá y Bogotá D.C.* solidariamente responsables.

Por consiguiente, depreca se las condene al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión, indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, dotaciones y el pago a la pensión sanción.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que labora al servicio del *Grupo Empresarial en Línea S.A.*, atendiendo la distribución de diversos servicios a través del sistema electrónico; que se vinculó mediante contrato realidad con criterio de continuidad por medio de sucesivos contratos, cumpliendo constante subordinación, horario, pago de remuneración, laborando en el Paga Todo – Gelsa S.A. de la Avenida Jiménez No. 9-04 de Bogotá – Zona Centro, cuyo jefe inmediato fue el señor *Juan Carlos Preciado*.



Que siempre ha cumplido horarios superiores a la jornada máxima legal, devengando un salario promedio mensual de \$900.000.

Que ingresó a laborar el 13 de marzo de 1987, sin que se le haya suministrado dotación, recibiendo por sus supervisores actos de acoso laboral, mediante amenazas de desvinculación o disminución de la remuneración si no se cumple con las excesivas jornadas de trabajo, laborar en días festivos y domingos, y cumplir funciones ajenas al empleo para el que fuera contratada.

Adujo que el Distrito Capital y la *Lotería de Bogotá* son solidariamente responsables de la relación laboral, por cuanto provienen del contrato de concesión No. 157 de 2011.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Lotería de Bogotá* se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que si bien es cierto que su función es administrar el juego de suerte y azar de apuestas permanentes denominado chance, para el efecto suscribió contrato de concesión con la empresa que resultase favorecida en concurso abierto y público que obedece a las previsiones de Ley 643 de 2001 y su Decreto Reglamentario 1350 de 2003, contrato de concesión que debe contener cláusulas de obligatoria observancia tanto para el concedente como para el concesionario, de ahí que en nada tenga que ver con la relación laboral pretendida por la demandante.

Formuló las excepciones de ilegitimidad sustantiva por pasiva, buena fe, inexistencia de la obligación y la denominada genérica.

Bogotá D.C. igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que no fue quien adelantó el proceso licitatorio que culminó con la celebración y adjudicación del contrato de concesión No. 157 de 2011 celebrado entre la *Lotería de Bogotá* y *Gelsa Grupo Empresarial en Línea S.A.*, así como tampoco ha sostenido ningún tipo de relación contractual con el concesionario ni la parte demandante.

Propuso las excepciones de carencia de causa para pedir contra la Alcaldía Mayor de Bogotá y cobro de lo no debido.

El *Grupo Empresarial en Línea S.A.*, adujo en su contestación de demanda que la actora era una colocadora independiente de apuestas, por lo que sus relaciones fueron estrictamente comerciales de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990. Por tal razón, no tenía derecho al pago de prestaciones sociales de ninguna índole.



Formuló las excepciones de inexistencia del contrato laboral, ineptitud de la demanda por falta de los requisitos necesarios para exigir lo pretendido sin que se reconozca la existencia de una relación laboral, ausencia de legitimación por activa y por pasiva, prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe de la empresa demandada, pago y la denominada genérica.

La llamada en garantía *Nacional de Seguros S.A.*, quien fue traída al proceso en tal calidad por la *Lotería de Bogotá*, señaló que la póliza alegada por esta última, cubre riesgos al tenor de lo establecido en el artículo 1054 del Código de Comercio, siempre y cuando los hechos ocurran dentro de la vigencia de la póliza, se haya otorgado cobertura mediante los amparos contratados y se cumplan las condiciones tanto particulares como generales.

Propuso las excepciones de límite del valor asegurado, disponibilidad del valor asegurado y la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de octubre de 2019, absolvió tanto a las demandadas como a la llamada en garantía de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación propuesta por la *Lotería de Bogotá*, cobro de lo no debido invocada por *Bogotá D.C.*, e inexistencia del contrato de trabajo alegada por el *Grupo Empresarial en Línea S.A.*

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales con ocasión a la declaratoria del contrato de trabajo, la demandante logró acreditar la prestación personal del servicio conforme lo sostuvo la misma demandada *Grupo Empresarial en Línea S.A.*, en concordancia con la certificaciones del vínculo contractual que dan cuanta que la demandante desempeñaba la actividad de Colocadora Independiente de Apuestas Permanentes, a través de un contrato de carácter comercial.

En lo que atañe a los extremos temporales señaló que no existe prueba alguna que demuestre que la demandante hubiese ingresado a laborar el 13 de marzo de 1987, por el contrario, el único material probatorio que permitiría establecer una fecha de inicio sería la documental concerniente a la certificación emitida por el *Grupo Empresarial En Línea S.A.*, en la que se advierte que la demandante fue Colocadora Independiente de Apuestas Permanentes desde el 20 de enero de 2006.



Frente al extremo final que, si bien la demandante manifiesta que la relación está vigente, no hay prueba de sus dichos, por lo que por activa no se probó lo pretendido al tenor de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P.

Aunado a lo anterior, manifestó que la demandante no asistió a las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del C.P.T. y de la S.S., por lo cual debe soportar las consecuencias adversas, máxime si se tiene en cuenta que dentro del proceso obra el contrato mercantil de colocación de apuestas permanente independientes, el cual no es dable desvirtuarlo con base en el material probatorio.

Ante la absolución de las pretensiones, no se adentró el fallador de instancia a pronunciarse sobre el llamamiento en garantía formulado por la *Lotería de Bogotá* con relación a *Nacional de Seguros S.A.*

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la decisión de primera instancia no fue apelada por la parte demandante, y en virtud a que la absolución es adversa a sus pretensiones, el proceso se analizará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Ateniendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el presente asunto, como problema jurídico principal se determinará si entre la actora y la demandada *Grupo Empresarial en Línea S.A.*, existió un contrato de trabajo.

De prosperar lo anterior, como segundo problema jurídico se establecerá si es procedente el reconocimiento y pago de las pretensiones solicitadas por la demandante, la solidaridad pretendida entre el *Grupo Empresarial en Línea S.A.*, la *Lotería de Bogotá* y *Bogotá D.C.*, así como del llamamiento en garantía formulado por la *Lotería de Bogotá* con relación a *Nacional de Seguros S.A.*



c. Del caso en concreto:

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

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

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

Atendiendo lo anterior, por activa se aportaron los contratos comerciales de colocadora de apuestas permanentes independientes suscritos por las partes el 1º de diciembre de 2006 y el 1º de enero de 2012, en virtud de los cuales la actora fungió como colocadora independiente al tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 (Fls. 56 a 61 y 73 a 76).

Ahora, como lo sostuvo el *a-quo*, si bien se acreditó la ejecución de los referidos contratos, como primera medida se tiene que conforme a las reglas jurisprudenciales emanadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha prestación del servicio no logró ser probada sobre los extremos temporales pretendidos, pues frente al extremo de inicio del contrato alegado para el 13 de marzo de 1987, dicha calenda no se vislumbra del caudal probatorio, por el contrario, obra una certificación emitida por la encartada de calenda 7 de junio de 2006 (Fl. 79), en la que se acredita que la demandante por lo menos desde el 20 de enero de 2006 tenía un vínculo con la encartada como colocadora independiente de apuestas permanentes según los preceptos del artículo 13 de la Ley 50 de 1990.



En lo que atañe al extremo final, la actora alude que el contrato continúa vigente, aspecto que también se contradice del conjunto probatorio, más exactamente la certificación allegada por la pasiva visible a folio 492 emitida el 23 de octubre de 2017, ya que su contenido demuestra que más allá de la calenda referida no se dio la prestación del servicio, ni se aportó prueba que acredita una situación distinta.

Ahora, en lo que atañe al elemento subordinante, el mismo logró ser desvirtuado por la encartada. Nótese al respecto, que en virtud a que la actora no compareció a las diligencias de que tratan los artículos 77 y 80 del C.P.T. y de la S.S., ante lo cual determinó el *a-quo* que tal conducta implica un indicio grave en contra de la accionante, consecuencia procesal adversa que no fue objeto de censura por las partes en el conducto procesal oportuno, surtiendo por ende plenos efectos.

Además, lo único que se advierte de las pruebas documentales allegadas al plenario, en especial las diferentes certificaciones emanadas por la encartada de calendas 7 de junio de 2006, 3 de noviembre de 2011, 23 de octubre de 2017 y 21 de octubre de 2017 (Fls. 78, 79, 492 y 493), es que la actora mantuvo contratos de colocadora independiente de apuestas permanentes, sin que nada incida una relación de trabajo regida por las propias del C.S.T.

De otra parte, si bien obran algunos pagos que fueran refutados de falsos por las partes para los años 2008 a 2011 (Fls. 80 a 89), así como diferentes situaciones de salud (Fls. 101 a 162), tales aspectos no determinar en manera alguna subordinación.

En ese orden de ideas, con el material probatorio arrimado al plenario se acreditó que entre las partes mediaron contratos de estirpe comercial sin que haya mediado subordinación alguna, motivo que impele a confirmar la sentencia de primer grado por este aspecto.

Por lo anterior además, no hay lugar a analizar la figura de solidaridad pretendida respecto de la *Lotería de Bogotá y Bogotá D.C.*, como tampoco adentrarse al estudio del llamamiento en garantía solicitado por la Lotería de Bogotá respecto de *Nacional de Seguros S.A.*

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

V. DECISIÓN:



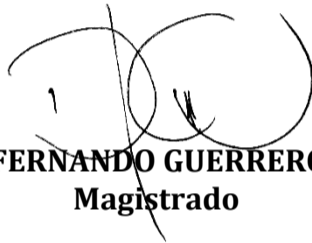
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

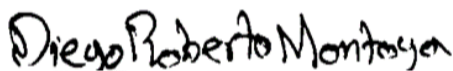
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 06201500704 01
Demandante: EDGAR AUGUSTO RODRÍGUEZ GARZÓN
Demandado: POSITIVA S.A Y OTROS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la demandante y por las demandadas POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, MANPOWER PROFESSIONAL LTDA. y MANPOWER COLOMBIA LTDA., contra la sentencia proferida el 5 de noviembre del 2019 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Edgar Augusto Rodríguez Garzón* interpuso demanda ordinaria laboral en contra del *INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy POSITIVA S.A, MANPOWER DE COLOMBIA LTDA., CONTUPERSONAL S.A, MANPOWER PROFESIONAL LTDA. y ADECO SERVICIOS COLOMBIA S.A*, a efectos que se declare que entre el demandante y la empresa *POSITIVA S.A* existió un contrato de trabajo por primacía de la realidad a término indefinido entre el 19 de julio de 2007 y el 28 de enero del 2014; que las empresas *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA., CONTUPERSONAL S.A, MANPOWER PROFESIONAL LTDA y ADECO SERVICIOS COLOMBIA S.A* actuaron como intermediarias laborales; que el contrató terminó por culpa del empleador sin justa causa y el último salario mensual devengado ascendió a la suma de \$1.325.712.

En consecuencia, solicita se condene a las demandadas a pagarle al demandante la diferencia del salario percibido del 19 de julio del 2007 al 28 de enero del 2014 y teniendo en cuenta el mismo, el auxilio de cesantías, los intereses de cesantías,



la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la compensación en dinero de las vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad, la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la diferencia en los aportes a pensiones y salud, la sanción moratoria estipulada en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, las horas extra, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente, peticiona se declare que entre *CONTUPERSONAL S.A* y el demandante existió contrato de trabajo del 19 de julio de 2007 al 30 de agosto del 2008 y entre el actor y *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA.* del 1° de septiembre de 2008 al 31 de agosto del 2009, del 1° de septiembre de 2009 al 31 de mayo del 2012, del 5 de junio de 2012 al 30 de junio del 2013, del 1° de julio del 2013 al 14 de julio del 2013, del 15 de julio de 2013 al 23 de enero del 2014 y del 19 de julio del 2007 al 28 de enero del 2014 con las empresas *CONTUPERSONAL S.A*, *MANPOWER DE COLOMBIA S.A*, *ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A*, *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS*; se declare que el contrato terminó por culpa del empleador y el último salario fue de \$1.325.712.

En consecuencia, se acceda al pago de las diferencias salariales, las prestaciones sociales, la compensación en dinero de las vacaciones, la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la compensación en dinero de las vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad, la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la diferencia en los aportes a pensiones y salud, la sanción moratoria estipulada en el artículo 23 de la ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, las horas extra, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que el día 19 de julio del 2007 celebró contrato de obra o labor con *CONTUPERSONAL S.A*, la cual actuó como intermediaria en representación de *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A*, por lo que las actividades fueron desarrolladas en las instalaciones de esta última; que el contrato se desarrolló del 19 de julio del 2007 al 30 de agosto del 2008.



Posteriormente, celebró contrato de trabajo con *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA.* el 1° de septiembre del 2008, para continuar prestando los servicios para *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.*, hasta el 31 de agosto del 2009.

La empresa *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA.* cede sus actividades económicas a la empresa *MANPOWER PROFESIONAL LTDA.*, por tanto, esta última continuó el contrato del 1° de septiembre del 2009 al 31 de mayo del 2012.

Luego, celebra contrato de trabajo con *ADECO DE SERVICIOS S.A* para prestar los servicios de Auxiliar de Servicio al Cliente en *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.*, relación laboral que se mantuvo del 5 de junio del 2012 al 30 de junio del 2013.

Sin embargo, el demandante continuó prestando sus servicios a *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A* del 1° de julio al 15 de julio del 2013.

El 12 de julio del 2013 el demandante celebra contrato por obra o labor con la empresa *MANPOWER PROFESIONAL LTDA.*, el 12 de julio del 2013 para prestar los servicios de “Asesor de Servicio al Cliente” en la empresa *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A* y este se desarrolló hasta el 28 de enero del 2014, data en la cual la empresa *MANPOWER PROFESIONAL LTDA.* da por terminado el contrato de trabajo sin justa causa.

Precisa que del 19 de julio del 2007 al 24 de enero del 2014 desarrolló las mismas obligaciones contractuales, prestando los servicios en la ciudad de Bogotá, teniendo como centros de trabajo el SUPERCADÉ del ISS hoy *POSITIVA S.A* ubicado en la calle 30, en el SUPERCADÉ de la Calle 13, en el SUPERCADÉ de las Américas y en el Edificio de Gerencia Comercial del ISS; recibiendo órdenes de los señores EDGAR RODRÍGUEZ GARZÓN, ARTURO BUENO, ANNY CAROLINA GALINDO POSADA, JESÚS DE ADELMO REY y LUISA MARÍA OSPINA, quienes a su turno recibían órdenes de los señores MANUEL ABELINO BLANCO y ADRIANA PINO profesionales del planta de *POSITIVA S.A.* También debía cumplir un horario, seguir las instrucciones de los coordinadores y las funciones asignadas por la accionada.



Recibía como contraprestación \$478.500 del 19 de julio del 2007 al 28 de febrero del 2008, \$510.000 del 1° de marzo al 30 de agosto del 2008, \$986.894 del 9 de septiembre del 2009 al 31 de mayo del 2012 y al finalizar la relación laboral percibía la suma de \$900.000. Pese lo anterior, la asignación salarial grado 1 en *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A* según del Decreto 196 del 2014, asciende a \$1.325.712.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que los servicios fueron prestados inicialmente al ISS y mientras prestó sus servicios para *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A* recibió órdenes de personas ajenas a la planta de personal de la entidad, siendo cancelada la remuneración por las distintas empresas con quienes el demandante celebró los contratos de trabajo. Agrega que jamás mantuvo una relación contractual con la empresa *CONTUPERSONAL S.A*.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, prescripción del derecho, indemnidad y la genérica.

A su turno *ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A* se opone a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la relación laboral con dicha entidad únicamente se extendió del 5 de junio del 2012 al 30 de junio del 2013, además indica que no son ciertas las manifestaciones del demandante e involucra a entidades con las cuales no tuvo relación alguna.

Formula como medios exceptivos los que denomina inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, compensación e inexistencia de solidaridad.

MANPOWER DE COLOMBIA LTDA. se opone a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que los servicios prestados fueron desarrollados dentro de los presupuestos legales establecidos en los artículos 71, 73, 74, 77 y 79 de la Ley 50 de 1990, normas aplicables al servicio temporal en Colombia y acorde a las cuales la EST no están obligadas a proveer instalaciones, equipos o medio de producción. Además refiere que el contrato finalizó con justa causa por la culminación de la obra o labor contratada; además, afirma que los salarios, prestaciones sociales,



vacaciones y aportes a seguridad social fueron cancelados durante la vigencia de la relación laboral.

Formula como medio exceptivo previo el que denominó prescripción y como de fondo los de buena fe, pago de salarios, prestaciones sociales y realización de afiliaciones al sistema de seguridad integral, prescripción, temeridad y mala fe del accionante, hechos de terceros, inexistencia de la obligación y la genérica.

MANPOWER PROFESSIONAL LTDA. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que entre las partes existió un contrato por obra o labor contratada y que cumplió con la prestación de sus servicios bajo los supuestos de ley, así como con todos los pagos a los cuales tenía derecho el demandante.

Propone como medios exceptivos de fondo los que denominó buena fe, pago de salarios, prestaciones sociales y pagos al sistema de seguridad social integral, temeridad y mala fe del accionante, la genérica, hechos de terceros, prescripción e inexistencia de la obligación.

Finalmente, *CONTUPERSONAL S.A* mediante curador *ad litem*, indica que se atiene a lo probado dentro del proceso. Proponiendo como medio exceptivo de mérito la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 5 de noviembre del 2019, condenó a la accionada *POSITIVA S.A* y solidariamente a *MANPOWER PROFESSIONAL LTDA.* y *ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A* a reconocer y pagar al demandante los siguientes conceptos y valores: la suma de \$4'901.579 y \$4'999.950, por concepto de indemnización por despido sin justa causa y a los montos diarios de \$32.896,50 y la suma de \$33.333,33 una vez cumplido el término legal de los 90 días previsto para el pago como lo establece el artículo primero del Decreto 797 de 1949, contado a partir del día 31 de mayo de 2012 y a partir del día 30 de junio de 2013 en su orden, hasta la fecha en que se produzca el pago de lo debido, por concepto de indemnización por despido. Los absolvió de las restantes pretensiones de la demanda y las condenó en costas.



Como sustento de su decisión adujo que *POSITIVA S.A* no sustituyó al ISS en relación con los temas ajenos a los riesgos profesionales, por ende, los periodos anteriores al 30 de agosto de 2008 no pueden ser objeto de definición judicial. En ese orden de ideas se sigue que en el proceso se probó las siguientes vinculaciones del accionante directamente con *POSITIVA S.A* y como trabajador en misión remitido a la sociedad antes citada por las sociedades: (i) *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA.* desde el 1º de septiembre de 2008 hasta el día 31 de agosto de 2009, como Ejecutivo de Venta, mediante contrato por obra o labor; (ii) *MANPOWER PROFESSIONAL LTDA.* del 1º de septiembre de 2009 hasta el día 31 de mayo de 2012 como Asistente Administrativo; (iii) *ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A* desde el día 5 de junio 2012 hasta el día 30 de junio de 2013 como Asistente de Servicio al Cliente Positiva S.A. y (iv) *MANPOWER PROFESSIONAL LTDA.* desde el día 11 de julio de 2013, con la finalidad de laborar en misión como asesor de servicio al cliente en *POSITIVA S.A*, contrato en mención que terminó el día 28 de enero de 2014 por mutuo acuerdo.

Así la demostración de un único contrato de trabajo celebrado entre el demandante y *POSITIVA S.A* vigente entre el día 19 de julio de 2007 del día 28 de enero de 2014 impide el análisis de las súplicas principales de la demanda; que si bien las señoras *María Consuelo del Pilar Armenta Rodríguez* y *Erika Jazmín Bernal Melo* afirmaron que el demandante prestó servicios en beneficio de *POSITIVA S.A.*, en forma continua y sin interrupción, los testimonios no ofrecen credibilidad por cuanto en el juicio no se probó la acreditación de una relación laboral directa con *POSITIVA S.A* conforme a lo alegado en la demanda.

Por otra parte, se advierte que los diferentes contratos de trabajo que celebró el accionante con *Manpower Profesional*, *Manpower de Colombia* y *Adecco* en virtud de lo previsto por el artículo 71 de la ley 50 de 1990 se desvirtuaron en juicio, pues en el proceso se probó, que los contratos de trabajo que celebró el accionante con *Manpower Profesional*, vigente desde el día 1 de septiembre de 2009 hasta el día 31 de mayo 2012, y con *Adecco*, desde el día 5 de junio 2012 y el día 30 de junio de 2013, excedieron el término de contratación máximo permitido para trabajadores en misión de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses conformidad con lo previsto por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, de forma que solo se pueden catalogar a las empresas de servicios temporales como empleadores



aparentes y unos verdaderos intermediarios que ocultaron su calidad y por consiguiente debe tenerse al usuario POSITIVA S.A, como verdadero empleador.

En lo relacionado con la diferencia salarial por la falta de aplicación del Decreto 196 de 2014 se advierte que el Estatuto en mención es posterior a las vigencias de los contratos de trabajo respecto a los cuales se pretende aplicar y en todo caso se menciona que aplica en los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, que no optaron por el régimen especial establecido en los Decretos 54 de 1993 y 107 de 1994, y que en el año 2013 se venían regulando por lo dispuesto en el Decreto 1026 de 2013 circunstancia que impide la prosperidad de la reclamación relacionada con la diferencia salarial posicionada en la demanda y su incidencia en los créditos laborales y de Seguridad Social objeto de reclamación de reajuste o reliquidación.

Por otra parte, que los contratos de trabajo fenecieron sin justificación, toda vez que en relación con el primer contrato de trabajo no se aportó prueba de su duración y en lo atinente al segundo contrato se resalta que el escrito no determinó la duración del contrato por la naturaleza de la labor como se infiere de la documental en mención, visible a folio 53 de forma tal que deviene próspera la reclamación de la indemnización por despido sin justa causa.

De forma tal que en aplicación de lo previsto por el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, vigente para la época de celebración del desarrollo de los contratos de trabajo en análisis no se acreditó la justificación de terminación del contrato de trabajo, en tal orden corresponde fulminar condena con la suma de \$4'901.579 pesos y \$4'999.950 correspondientes a 149 y 150 días respectivamente por el tiempo que faltaba para el vencimiento del término presuntivo legal de los contratos antes citados, regulado por el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945 liquidados en su orden con el salario de \$986.895 y \$1.000.000.

No se fulmina condena en relación con el contrato de trabajo vigente del día 15 de julio de 2013 y el día 28 de enero de 2014, teniendo en cuenta que en el juicio se probó que el vínculo feneció por mutuo acuerdo; frente a la prescripción propuesta, estimó que opera a partir del día 20 de marzo de 2011 hacia atrás, teniendo en cuenta la reclamación de fecha 20 de marzo de 2014.



En tal virtud cobija el contrato de trabajo vigente del día primero de septiembre de 2008 y el día 31 de agosto de 2009.

En lo atinente a la indemnización moratoria que *POSITIVA S.A.* no obró de buena fe al actuar en contra de un mandato legal, advirtiéndolo que se abstuvo de pagar a la finalización del contrato de trabajo, la indemnización por despido sin justa causa sin mediar justificación, por lo cual la súplica de la indemnización moratoria está llamada a prosperar; finalmente, que las accionadas *MANPOWER PROFESSIONAL* y *ADECCO* responden en forma solidaria por la condena en su orden por razones de los contratos vigentes desde el día 1º de septiembre de 2009 hasta el 31 de mayo de 2012, y del 5 de junio 2012 al 30 de junio de 2013.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la juez desconoce la existencia de una sola relación laboral desde el 19 de julio del 2007 al 28 de enero del 2014, sin tener en cuenta el dicho de los testigos, quienes dan cuenta de la prestación personal del servicio con vocación de permanencia, máxime que se desconoció lo regulado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por ende se debe ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones, así como salarios de la manera que se determina en los decretos salariales de *POSITIVA S.A.* desde su creación, en el grado de Asistente Técnico 2.

Finalmente, que se evidencia el actuar de mala fe de las accionadas, por lo cual se debe disponer el pago de las acreencias laborales deprecadas por activa.

Positiva S.A. interpone recurso de apelación en el que en síntesis que las relaciones jurídicas llevadas a cabo por el ISS, ajenas al Sistema General de Riesgos Laborales no son responsabilidad de *Positiva S.A.*, así las cosas, si el interés de la parte actora consistía en dirigir sus pretensiones económicas en contra del Instituto de Seguros Sociales, debió haber dirigido su petición contra de la sociedad fiduciaria de desarrollo agropecuario, *Fiduagraria S.A.*, toda vez que dicha persona jurídica suscribió un contrato mercantil con el extinto *Instituto de Seguros Sociales*, y es la llamada a responder; que no se logran corroborar los elementos del contrato de trabajo, toda vez que no existe en la entidad el cargo que el demandante alega



haber mantenido en el tiempo, como es el cargo de Asesor de Servicio al Cliente, así como tampoco las órdenes que recibía eran impartidas por la empresa contratista; que las labores desempeñadas por la parte actora encajan perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 4° del Decreto 4369 de 2006 el cual hace referencia a los trabajadores en misión.

A su turno, MANPOWER PROFESSIONAL y MANPOWER COLOMBIA, aducen que los contratos de operación logística y comerciales con las empresas usuarias son válidos y se encuentran contemplados en la legislación laboral; en cuanto a las pruebas testimoniales, en efecto se ratifica que los testigos no tenían conocimiento de las condiciones salariales, contractuales y de vinculación; que se solucionaron las acreencias laborales, cumpliendo a cabalidad los términos consagrados en la Ley 50 de 1990; finalmente que no es dable equiparar el salario devengado con el solucionado en la empresa usuaria, en la cual no existía el cargo desempeñado por el actor, y en todo caso, solo respondería de manera solidaria por el término de duración de cada contrato suscrito.

IV CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre el demandante y *POSITIVA S.A* existió una única relación laboral, fungiendo las empresas *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA*, *CONTUPERSONAL S.A*, *MANPOWER PROFESIONAL LTDA* y *ADECO SERVICIOS COLOMBIA S.A*, como meras intermediarias.

c. Del Vínculo Laboral:



En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe indicar la Corporación es que la hoy convocada a juicio, *POSITIVA S.A* conforme lo reglado por el Decreto 1234 del 2012 es una entidad aseguradora organizada como Sociedad Anónima, tiene el carácter de entidad descentralizada indirecta del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

En tal sentir se recuerda que en tratándose de una *Empresa Industrial y Comercial del Estado*, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3135 de 1968, por regla general ostentan la calidad de trabajadores oficiales, con excepción de aquellas personas que según los Estatutos ostenten la calidad de Empleados Públicos por desarrollar actividades de dirección o confianza.

c. De las empresas de Servicios Temporales:

Sobre el particular cabe recordar que estas prestan un servicio para coadyuvar de forma temporal en el desarrollo de actividades de una empresa, mediante el envío de trabajadores en misión. Dichas empresas están reguladas por la Ley 50 de 1990. En el art. 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres eventos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”

Mediante sentencia C-330 de 1995, se declaró exequible la anterior normativa y en uno de sus apartes se dijo:

“Para la Corte es claro que la finalidad de la norma es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes. Esa finalidad resulta evidente al examinar sus tres numerales.

“[...] el numeral 3, en el cual la finalidad protectora es ostensible [...] El fijar en el caso de este numeral un término mínimo de seis meses, prorrogable “hasta por seis (6) meses más”, es, precisamente, la protección del



trabajador permanente. Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino." (Resalta la Sala).

A su vez, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las EST como aquellas empresas que contratan servicios con terceros que son beneficiarios, de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por la empresa de servicios temporales.

Ahora bien, si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual para el trabajador oficial, así lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1170-2017, reiterada en sentencia SL 1692-2018, del 11 de abril de 2018, así:

"De la anterior manera explicó esta Sala de la Corte el tema del límite cronológico de la vinculación de trabajadores en misión y de las consecuencias de su transgresión, en la SL 17025-2016, radicación 47977, del 16 de noviembre de 2016, debiéndose recordar que tanto la normativa que se viene comentando, como la jurisprudencia, procuran salvaguardar el trabajo permanente y evitar que el trabajo en misión, a través de empresas de servicios temporales, sea utilizado de manera abusiva por empleadores que pretendan implementarlo para realizar actividades que están por fuera de los específicos supuestos de hecho de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

"[...] Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones.

"[...] En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales.[...]

Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por



recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador...”(Negritas de la Sala)

d. Del caso en concreto

En el *sub-examine*, alega el demandante que entre este y la empresa *POSITIVA S.A* existió una única relación laboral que se extendió del 19 de julio del 2007 al 28 de enero del 2014, fungiendo como intermediarias las empresas *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA*, *CONTUPERSONAL S.A*, *MANPOWER PROFESIONAL LTDA* y *ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A*, sin que se cumplan los presupuestos legales para el suministro de personal a través de EST, en tanto alude que la relación laboral se extendió más allá de los términos estipulados en la legislación.

Así las cosas, en aras de corroborar dicha afirmación procedió la Corporación a realizar un análisis del material probatorio allegado al proceso, logrando corroborar que el demandante laboró para la empresa *CONTUPERSONAL S.A* del 19 de julio al 8 de noviembre del 2007 y del 1° de marzo al 30 de agosto del 2008 (Fls 46-47), con la empresa *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA* quien lo remitió en misión a *POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A*, desde el día 1° de septiembre de 2008 hasta el día 31 de agosto de 2009, como Ejecutivo de Venta, en virtud de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada (Fls 48); con *MANPOWER PROFESSIONAL* del 1° de septiembre de 2009 hasta el día 31 de mayo de 2012 como Asistente Administrativo (folios 52 y 425) y del 15 de julio del 2013 al 28 de enero del 2014 (Fls 58 y 452); con *ADECCO* del día 5 de junio 2012 hasta el día 30 de junio de 2013 como Asistente de Servicio al Cliente *POSITIVA S.A*. (Fls 53, 57, 246 y 300).

De otra parte, fueron evacuados los correspondientes interrogatorios de parte, en el curso de los cuales el representante legal de *MANPOWER DE COLOMBIA LTDA* acepta que envió en misión al demandante del 1° de septiembre del 2008 al 31 de agosto del 2009, para el desarrollo de funciones administrativas. *MANPOWER PROFESSIONAL SOCIEDAD LTDA* acepta que el demandante mantuvo dos



relaciones laborales con el demandante, pero aduce que este no podía ser empleado en misión como quiera que dicha empresa no es una temporal.

Así mismo, el demandante acepta que devengó un salario un poco mayor al mínimo, siendo para el año 2014 de \$900.000, que siempre estuvo en los Super Cade, con excepción de cuando hacía reemplazos en la sede de la calle 142 y que nunca tuvo una relación directa con *POSITIVA S.A*, sino que siempre fue a través de otras entidades, que durante su relación con ADECCO, MANPOWER PROFESSIONAL LTDA Y MANPOWER DE COLOMBIA LTDA le fueron cancelados todos los salarios y prestaciones sociales, y a la terminación del vínculo le fue cancelada la respectiva liquidación.

Igualmente, fueron evacuados los testimonios de los señores *María Consuelo del Pilar Armenta Rodríguez* y *Erika Jazmín Bernal Melo* quienes refieren haber laborado con el demandante en *POSITIVA S.A*, igualmente como trabajadores en misión, por lo que les consta que laboró para dicha entidad entre los años 2008 a 2014, desarrollando las labores de Asesor Comercial, conforme las funciones que le fueran asignadas por sus superiores, quienes a su vez recibían instrucciones directas del personal directo de *POSITIVA S.A*, de quien recibían capacitaciones, además que había personal de planta que realizaba las mismas funciones. *Erika Jazmín Bernal Melo*, puntualiza que el chaleco y la papelería se los daba *POSITIVA S.A*, pero los elementos de trabajo los ponía el SUPER CADE, además que fue su líder en los últimos 6 meses. Sin embargo, *María Consuelo del Pilar Armenta Rodríguez* refiere que no prestó sus servicios en el mismo SUPER CADE del demandante, sino que se encontraba con este en las reuniones.

Ahora, igualmente es preciso anotar que inicialmente los servicios hoy prestados por la ARL POSITIVA, se encontraban a cargo del otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta el 30 de agosto del 2008, data a partir de la cual existió una cesión de activos, pasivos y contratos hacia la ARP POSITIVA, en virtud de la Resolución 1293 del 11 de agosto del 2008 expedida por la Superintendencia Financiera, no obstante dicha cesión de activos lo fue solo en lo tocante a asuntos de índole comercial atinentes al subsistema de seguridad social en riesgos laborales, por lo que para dicha data continuó existiendo el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, entidad que vino a ser liquidada hasta el año 2015, conforme lo dispuesto en el Decreto 553 de la misma anualidad.



Trazados estos derroteros y teniendo en cuenta que en el libelo introductorio el propio demandante afirma que inicialmente prestó sus servicios al otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y de hecho, ello se pudo corroborar con la certificación laboral emitida por CONTUPERSONAL S.A, es pertinente indicar que no es posible declarar la existencia de la relación laboral con *POSITIVA S.A* desde el año 2007, en tanto para dicha data el libelista no prestó ningún servicio para la mentada entidad, sin que sea dable predicar si quiera la existencia de una sustitución patronal en tanto en modo alguno se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 67 del C.S.T., pues en efecto *POSITIVA S.A* tan solo asumió las obligaciones comerciales relacionadas con Riesgos Laborales a cargo del ISS, en fecha posterior.

Aclarado lo precedente, al entrar a analizar los servicios prestado por el promotor para *POSITIVA S.A* con posterioridad al 30 de agosto del 2008, mediante las relaciones laborales sostenidas por el demandante mediante las sociedades ADECCO, MANPOWER PROFESSIONAL LTDA y MANPOWER DE COLOMBIA LTDA, se corrobora que efectivamente la entidad abusó de la contratación a través de empresas de servicios temporales, como quiera que dichos contratos se extendieron por un término superior al año, a más que tampoco se probó de forma alguna que la misma se diera en virtud a un pico alto de producción o dentro del marco de cualquiera de las causales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, ni el Decreto 4369 de 2006.

Por si ello fuera poco, las empresas MANPOWER PROFESSIONAL LTDA y MANPOWER DE COLOMBIA LTDA, no son Empresas de Servicios Temporales, por lo que por mandato legal tienen prohibido efectuar la actividad de suministro de personal, en razón a que dicha actividad se encuentra reservada para las EST y tampoco lograron probar en el proceso que tales actividades fueron desarrolladas en calidad de contratista independiente, habida consideración que quedó plenamente probado en el proceso que el demandante obedecía las órdenes de *POSITIVA S.A*, recibía capacitaciones de dicha entidad y desarrollaba sus funciones en representación de *POSITIVA S.A* en los puntos de servicio de dicha entidad en los SUPERCADÉ. Así pues, aun cuando en la planta de personal de dicha entidad no exista el cargo desarrollado por el demandante, bajo la denominación que le fue dada, lo cierto es que con fundamento en el principio de



la primacía de la realidad sobre las formas quedó plenamente acreditada su calidad de trabajador oficial de dicha entidad.

De otra parte, predicen las empresas MANPOWER PROFESSIONAL Y MANPOWER COLOMBIA en su recurso de apelación que los contratos sostenidos por el actor durante la vinculación laboral fenecieron por la culminación de la obra o labor contratada, sin embargo tal argumento resulta insuficiente para desvirtuar la existencia de la relación laboral aquí expuesta, a más de carecer de material probatorio que respalde tal afirmación.

Luego, diáfano resulta colegir que en efecto existió una relación laboral entre el demandante y la empresa *POSITIVA S.A.*, pero no dentro de los extremos temporales aludidos por el actor, resultando preciso aclarar que no es dable declarar una única relación laboral, como lo anhela el demandante, no solo por cuanto la misma no pudo iniciar desde el 2007 como lo sostiene el libelista, acorde lo enunciado en precedencia; sino adicionalmente, porque existe plena prueba en el paginario de la liquidación del primer contrato el 31 de mayo del 2012 y que se surtió una nueva contratación el 5 de junio de la misma anualidad. Resaltando que las declaraciones vertidas por las testigos *María Consuelo del Pilar Armenta Rodríguez* y *Erika Jazmín Bernal Melo*, resulta insuficientes para dar por sentada dicha continuidad, en tanto, ambas de hecho aluden que la relación laboral lo fue del 2008 al 2014. Adicionalmente, *María Consuelo del Pilar* es clara al afirmar que no laboró con el actor en el mismo *SUPER CADE* y *Erika Jazmín Bernal Melo*, refiere que fue líder del actor únicamente durante los últimos 6 meses.

Corolario de lo expuesto, es patente afirmar que ninguno de los argumentos propuestos por las accionadas en la alzada, tienen vocación de prosperidad, por ende no lograron derruir la declaratoria de la relación laboral existente entre el promotor y *POSITIVA S.A.*

En igual sentido, diáfano resulta que tampoco existió una única relación laboral, como lo predico el libelista en su apelación.

e. De la diferencia salarial



En otro giro, con relación a las pretensiones del demandante consistentes en que se declare que el verdadero salario del actor fue de \$1.325.712 y en consecuencia se declare la reliquidación de las prestaciones sociales, basta indicar que tal *petitum* se encuentra respaldado en que el actor desarrolló las funciones propias de un Asistente Técnico Grado 2.

Justo resulta indicar que si el demandante pretendía que se declarara que el demandante desarrolló las actividades de Asistente Técnico Grado 2, resultaba indispensable que acreditara que los Asistentes Técnicos Grado 2 de *POSITIVA S.A* desarrollaban las mismas funciones a cargo del hoy libelista. No obstante, en el *sub examine*, no existe soporte probatorio alguno de ello, pues si bien las testigos refirieron que había personal de *POSITIVA S.A* que realizaba las funciones del actor, jamás precisaron que los mismos ostentaran en cargo de Asistente Técnico, así como tampoco obra prueba del salario percibido por estos para la data en la cual se extendieron las relaciones laborales. Argumentos suficientes para confirmar la absolución impartida en primera instancia, respecto a este tópico.

Precisando que el argumento planteado en la alzada, atinente a la existencia de mala fe por parte de la pasiva, en modo alguno subsume la carga probatoria que le incumbía al demandante (Art. 167 del C.G.P), para poder acceder a la declaratoria del salario anhelado y el pago de las prestaciones sociales, con fundamento en el mismo como se refiere en el libelo genitor.

Finalmente, se debe confirmar la solidaridad impuesta en primera instancia para las sociedades que fungieron como simples intermediarias, la cual comprende para cada una de ellos, respecto del término de contratación ilegal que suscribieran con *POSITIVA S.A.*

Por lo hasta aquí indicado y en consideración a que en la censura planteada en la alzada, no se debatió ningún otro punto de la providencia de primera instancia, habrá de ser confirmada la misma en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN



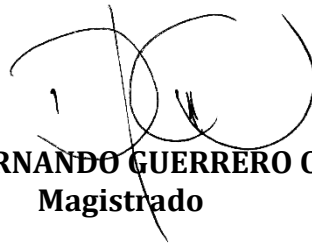
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

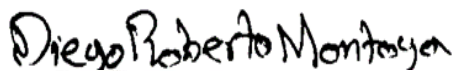
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre del 2019 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 26 2016 00300 01
Demandante: HÉCTOR MANUEL BARRAGÁN VILLALBA, JAMES EMERSON ARDILA FONSECA y ALEJANDRO ECHEVERRY CEBALLOS
Demandado: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Atendiendo al poder allegado por EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho *Luis Carlos Padilla Suarez* identificado con C.C No 79.784.646 y T.P No 175.034 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la encartada *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1. DE LA DEMANDA

Los señores *Héctor Manuel Barragán Villalba*, *James Emerson Ardila Fonseca* y *Alejandro Echeverry Ceballos*, formularon demanda ordinaria laboral en contra *Optimizar Servicios Temporales S.A.* y de forma solidaria en contra del *Fondo Nacional del Ahorro*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por los siguientes periodos:

_ *Héctor Manuel Barragán Villalba* por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015.

_ *James Emerson Ardila Fonseca* por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015.



_ *Alejandro Echeverry Ceballos* por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015.

Por consiguiente, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T e indexación.

Como pretensiones subsidiarias, solicitan se declare que el verdadero empleador fue el *Fondo Nacional del Ahorro*, teniendo en cuenta que *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, fungió como simple intermediario al utilizar su naturaleza para mimetizar la verdadera y real existencia de la relación laboral, y a su vez a la ya referida *Optimizar Servicios Temporales S.A* como solidariamente responsable, condenándole al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirieron que el *Fondo Nacional del Ahorro* y *Optimizar Servicios Temporales S.A* suscribieron los contratos de prestación de servicios No. 275 de 2014 y 147 de 2015, último contrato cuyo objeto era el de contratar la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión.

Que con ocasión a los referidos contratos, fueron contratos bajo la modalidad de obra o labor contratada de la siguiente manera:

_ *Héctor Manuel Barragán Villalba* por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, para desempeñar el cargo de Técnico I con una asignación salarial mensual en la suma de \$2.300.000.

_ *James Emerson Ardila Fonseca* por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, para desempeñar el cargo de Administrativo I con una asignación salarial mensual en la suma de \$2.100.000.

_ *Alejandro Echeverry Ceballos* por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, para desempeñar el cargo de Profesional II con una asignación salarial mensual en la suma de \$5.200.000.

Manifestaron igualmente que, mediante comunicación *Optimizar Servicios Temporales S.A.* terminó su contrato de trabajo, así como que sus funciones siempre correspondieron al giro ordinario del *Fondo Nacional del Ahorro*.



Adicionalmente, agregaron que sus servicios no eran de carácter temporal, la expansión del Fondo Nacional del Ahorro no es definida en el tiempo, que los cargos que desempeñaron se encuentran dentro de planta de personal del *Fondo Nacional del Ahorro*, laboraron en jornadas diarias de ocho horas con un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., y en las instalaciones de la sede principal de la ya referida encartada.

Por último, refirieron que *Optimizar Servicios Temporales S.A.* a la fecha del finiquito de sus relaciones laborales, no les canceló las acreencias laborales correspondientes, al igual que la temporal se sometió a proceso de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades, donde se les reconoció como uno de sus pasivos, sin que se les haya solucionado situación alguna, aunado a que en la actualidad la demandada se encuentra en inminente riesgo para el pago de los derechos aquí deprecados.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Optimizar Servicios Temporales S.A., manifestó que con relación al demandante *Héctor Manuel Barragán Villalba*, existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, regulada por un contrato de obra o labor determinada para el personal en misión, en el cual se estableció que la duración del mismo era el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la empresa usuaria, esto es, el *Fondo Nacional del ahorro*, habiéndosele consignado cesantías del periodo correspondiente del 17 de diciembre de 2014 hasta el 31 de diciembre del mismo año, adeudándole las cesantías del año 2015 por cuanto la empresa quedó sujeta a las reglas concursales reguladas en la Ley 1116 de 2006, misma situación de deuda que sucede con los intereses a las cesantías del año 2015, prima de servicios del segundo semestre del año 2015, vacaciones desde el 17 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015.

Frente al demandante *James Emerson Ardila Fonseca*, refirió que existió una relación laboral de obra o labor, por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, atada a lo dispuesto por el *Fondo Nacional del Ahorro*, como consecuencia de la misma, al actor se le consignaron cesantías desde el 9 de diciembre hasta el 31 de diciembre de 2014, adeudándose las del año 2015 por la liquidación judicial, así como que se adeudan intereses a las cesantías del año 2015, prima de servicios del segundo periodo del año 2015, vacaciones desde el 9 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015.

En lo que respecta al demandante *Alejandro Echeverry Ceballos*, dijo que existió una relación laboral de obra o labor por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, así como que en los archivos se evidencia que se



le consignaron cesantías del año 2014, adeudándose las del año 2015, intereses a las cesantías del año 2015, prima de servicios por el segundo semestre del año 2015 y vacaciones desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015.

Se opuso igualmente a la indemnización regulada en el artículo 65 del C.S.T respecto de todos los demandantes, así como que manifestó la procedencia de la solidaridad endilgada con el *Fondo Nacional del Ahorro*.

Propuso las excepciones de inexistencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales de la demandada y la denominada genérica.

El *Fondo Nacional del Ahorro* se opuso a las condenas formuladas en su contra, bajo el entendido que no ha fungido como empleador directo de los demandantes, prueba de ello son los contratos comerciales No. 275 del 26 de noviembre de 2014 y el No. 147 del 1º de julio de 2015 suscritos con *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, teniendo en cuenta las limitaciones de contratación, de ahí que la última mencionada sea la verdadera empleadora y por consiguiente la directa responsable de las condenas que aquí se pretenden.

Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas al *Fondo Nacional del Ahorro* como empleador de los demandantes, buena fe, compensación, y la denominada improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones.

Por su parte, *Liberty Seguros S.A.* contestó el llamado en garantía solicitado por el *Fondo Nacional del Ahorro*, diciendo que, de los documentos obrantes al expediente, puede establecerse que el Fondo, beneficiario y asegurado en las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 2436541 y 2533998, no fungió como empleador directo de los demandantes y ciertamente tampoco le asiste obligación alguna como resultado de una responsabilidad solidaria, como quiera que no se dan los supuestos del artículo 34 del C.S.T, quedando plenamente demostrado que como llamada en garantía no está obligada a cumplir ningún amparo.

Formuló las excepciones de prioridad en la afectación de las pólizas No. DL006347 – DL007987 y DL008460 expedidas por la *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.* – aplicación preferente de pago, afectación de las pólizas DL007987 y DL008460 expedidas por la *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.*, *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.* recibió por parte de la liquidadora de *Optimizar Servicios Temporales* el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal, cobro de lo no debido



(restricción de la póliza), límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgos por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, compensación, y la denominada genérica.

La *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.*, también se llamó en garantía por el *Fondo Nacional del Ahorro*, quien aceptó la existencia de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 24DL006347 y que fuese constituida por *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, y a favor y beneficio de los trabajadores en misión al servicio al servicio del tomador, la cual comprendió una vigencia global desde el 2 de agosto de 2012 hasta el 1º de enero de 2015, oponiéndose al llamado en garantía teniendo en cuenta que la vinculación a este pleito se hizo por parte del Fondo, ente que no fue parte del contrato de seguro y que por lo tanto carece de legitimación en la causa para pretender la afectación de la garantía a su favor.

Igualmente resaltó que procedió al pago de las sumas \$3.111.453, \$3.093.417 y \$6.955.353 a favor de los demandantes, y que fueran cancelados por concepto de liquidación de cesantías, prima de servicios y vacaciones.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para llama en garantía a Confianza S.A., los hechos de la demanda no gozan de cobertura / la relación laboral de los demandantes se produjo por fuera de la vigencia de la póliza, pago, en caso de proceder una indemnización moratoria, ésta quedará limitada a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización contemplada en la Ley 1116 de 2006, y la denominada los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de reorganización y hoy liquidación judicial de la sociedad *Optimizar Servicios Temporales*.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, declaró que entre los demandantes y la Sociedad *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, existió un contrato de trabajo por la duración de obra o labor de la siguiente manera:

_ *Héctor Manuel Barragán Villalba* por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, con un salario mensual de \$2.300.000.

_ *James Emerson Ardila Fonseca* por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, con un salario mensual de \$2.100.000.



_ *Alejandro Echeverry Ceballos* por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, con un salario mensual de \$5.200.000.

Condenó a *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, al pago de la indemnización moratoria a favor de *Héctor Manuel Barragán Villalba* en la suma de \$31.126.627, *James Emerson Ardila Fonseca* en la suma de \$28.420.000 y *Alejandro Echeverry Ceballos* en la suma de \$70.373.333, absolviendo a esta encartada de las restantes pretensiones, al igual que absolvió al *Fondo Nacional del Ahorro* de todas las pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que como quedó demostrado en el transcurso del trámite procesal, los demandantes fueron vinculados a *Optimizar Servicios Temporales S.A.* en los extremos anteriormente referidos por intermedio de contratos de obra o labor y con los salarios anteriormente referidos.

Que de igual manera, se acreditó que a los demandantes les fueron pagados los valores correspondientes a las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones adeudadas, de ahí que solo haya entrado a abordar la petición concerniente a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, puesto que así se determinó en la fijación del litigio.

En tal sentido, y en atención del estudio de esta indemnización analizando la buena o mal fe del empleador para la procedencia de su pago, como así lo ha consignado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que la reorganización en la que entró *Optimizar Servicios Temporales S.A* no puede considerarse como un eximente para no imponerla y que fue posterior a la finalización de los contratos de trabajo de los demandantes, sin embargo cuando la empresa fracasa en la reorganización y como consecuencia de ello tiene que ser sometida a liquidación, es un agente diferente el que entra a manejar los destinos diferentes de la empresa.

Por tal razón, como quiera que la encartada fue admitida en el proceso de reorganización el 15 de febrero de 2016, y que el 17 de noviembre de la misma anualidad se determinó decretar la apertura del trámite de liquidación judicial, de manera que fue a partir de dicha data que el empleador dejó de manejar los destinos de la empresa, y estos fueron asumidos por un agente distinto a quien no se le puede imputar mal fe, por lo que fulminó condena por esta pretensión y respecto de cada uno de los demandantes a partir del 1 de octubre de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2016.



Frente a la solidaridad con el *Fondo Nacional del Ahorro*, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, así como lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la misma no se puede declarar teniendo en cuenta que las pretensiones principales van encaminadas a que se declare la existencia del contrato de trabajo con la empresa *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, no consideró necesario analizar si actuó debido a los parámetros establecidos en la Ley 50 de 1990, toda vez que eso no fue echado de menos por la parte demandante en sus pretensiones principales, y al haber prosperado las mismas no analizó dicha circunstancia.

En cuanto a la solidaridad del artículo 34 del C.S.T, tampoco se puede declarar la misma, ya que de las documentales aportadas se logró establecer que el objeto social de *Optimizar Servicios Temporales S.A.* y el *Fondo Nacional del Ahorro* son disímiles, por lo que no podría encuadrarse dentro de los parámetros establecidos en la citada Ley, de ahí que haya absuelta a la última enunciada de las pretensiones formuladas en su contra.

Por último, adujo que, con ocasión a las llamadas en garantía, se abstuvo de su estudio en razón a que el *Fondo Nacional del Ahorro* fue absuelto.

III.- RECURSOS DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión. Adujo que el *Fondo Nacional del Ahorro* debe ser condenado solidariamente, en tanto no ha utilizado en legal forma la figura de servicios temporales, por cuanto a pesar de que no se superó el tiempo que la ley pregoná, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que además de analizarse el lapso de tiempo que consagra la Ley 50 de 1990, debe estudiarse el por qué la empresa usuaria utiliza la empresa de servicios temporales.

También puntualizó que, la solidaridad no puede tomarse como una manifestación de la descentralización porque en principio no puede cubrir necesidades permanentes de la empresa, entiéndase como crecimiento y expansión un tiempo superior a un año.

Que con relación a la llamada en garantía *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.*, resulta ilógica su absolución, en razón a que la póliza que se tenía desde un principio para cubrir las disposiciones legales a favor de los trabajadores en misión al servicio del tomador para una vigencia fue adquirida por *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, de ahí que deba condenársele al pago de la indemnización moratoria.



Por último, adujo que la indemnización moratoria reconocida no debe restringirse hasta la fecha en que *Optimizar Servicios Temporales S.A.* entró en liquidación, sino que debe darse en su totalidad ante la mala conducta realizada.

Optimizar Servicios Temporales S.A. también apeló la decisión, argumentando que no hay lugar al pago de la indemnización moratoria teniendo en cuenta que a los aquí demandantes se les efectuaron todos los pagos, así como que se les informó que la liquidación de las prestaciones sociales adeudadas a la terminación de los contratos laborales fueron cancelados a los demandantes en cumplimiento de la afectación de las pólizas DL7987 y DL88460 ordenado por el Ministerio de Trabajo según Resoluciones 3863 de 2016 y 922 de 2017.

Que siempre ha actuado de buena fe y no realizó el pago al momento de la terminación de los contratos dada la existencia de previsión legal, toda vez que el juez del concurso de la Superintendencia de Sociedades resolvió dar por terminado el proceso de reorganización, y decretó la apertura de la liquidación judicial señalada en la Ley 1116 de 2006 de que trata el régimen de insolvencia, por lo que en la actualidad se encuentran en la imposibilidad tanto material como jurídica de realizar algún pago por fuera del concurso y bajo tales apremios, la indemnización moratoria debe tener como extremo final de causación la fecha de apertura del proceso de reorganización, esto es, el 15 de febrero de 2016.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Atendiendo los planteamientos esbozados en los recursos de alzada, por metodología en la resolución del asunto que nos ocupa, la Sala en primer lugar entrará a analizar si es procedente que el *Fondo Nacional del Ahorro* sea responsable solidariamente para con los demandantes respecto de las obligaciones laborales a que haya lugar.

Como segundo problema jurídico, habrá de determinarse si es procedente la condena de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. frente a *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, y de ser procedente calcular sobre qué extremos procede la misma.



Como tercer y último problema, la Sala auscultará y en caso de que prospera la indemnización moratoria, si la llamada en garantía *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.*, es responsable de dicha condena.

c. Del caso en concreto:

Previo abordar los anteriores problemas jurídicos, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre la demandada *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, y los aquí demandantes se suscribieron contratos de trabajo por obra o labor al servicio del *Fondo Nacional del Ahorro* de la siguiente manera:

_ *Héctor Manuel Barragán Villalba* por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, desempeñando el cargo de Técnico I con un salario mensual de \$2.300.000.

_ *James Emerson Ardila Fonseca* por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, desempeñando el cargo de Administrativo I, con un salario mensual de \$2.100.000.

_ *Alejandro Echeverry Ceballos* por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, desempeñando el cargo de Profesional II, con un salario mensual de \$5.200.000.

Prueba de ello, son los diferentes contratos de trabajo suscritos entre las partes con las respectivas certificaciones laborales emitidas por la Empresa de Servicios Temporales (Fls. 84 a 88, 95 a 98 y 105 a 109).

Tampoco el hecho que en la diligencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S., quedaron excluidas las pretensiones referentes al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y compensación de vacaciones, por cuanto la *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.*, efectuó el correspondiente pago en virtud de la orden emitida por el Ministerio del Trabajo derivado de las pólizas No. 24DL007987 y 24DL008460, situación por las que dichas pretensiones no fueron objeto de estudio en la sentencia de primera instancia, pagos que por demás se acreditan en el plenario por la *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.*, visibles a folios 440 a 442.

Así las cosas, se adentra la Sala al estudio de los planteamientos jurídicos:

De la Solidaridad:



En el presente caso, se advierte que la empresa *Optimizar Servicios Temporales S.A.* suscribió contrato con el *Fondo Nacional del Ahorro* para el suministro de personal. Además, *Optimizar Servicios Temporales S.A.* funge como empresa de servicios temporales, calidad que se prueba con los certificados de existencia y representación allegados al plenario (Fls. 183 a 187).

Ahora bien, por activa se alega que el servicio que prestaron los demandantes en la usuaria se ceñía a actividades propias del objeto social del *Fondo Nacional del Ahorro*, estos son los cargos de técnico I, Administrativo I y Profesional II, desempeñando labores propias del Giro Ordinario del Fondo, y necesarias para el desarrollo de la entidad, máxime que las labores fueron desarrolladas en las instalaciones y bajo las órdenes del *Fondo Nacional del Ahorro*.

Sobre el particular, es menester señalar inicialmente que las Empresas de Servicios Temporales, verifican el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el desarrollo de actividades. Las mismas están reguladas en los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990. En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Ahora bien, si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria.

En el asunto los recurrentes sostienen que, dadas las funciones desarrolladas, no era factible para el *Fondo Nacional del Ahorro* acudir a la figura de la tercerización laboral. Para desatar el planteamiento jurídico de la alzada, la Sala estima que el hecho de haber desempeñado los demandantes los cargos técnico I, Administrativo I y Profesional II, en labores propias del Giro Ordinario del Fondo demandado, y necesarias para el desarrollo de la entidad, no implica *per se* una violación de la normativa que permite la contratación con empresas de servicios temporales, en tanto, dicha limitación no se encuentra expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico. Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL467-2019, Radicación No. 71281 del 6 de febrero de 2019, señaló:



*“[...] en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, **que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios**”.*

De lo anterior se extrae, que el hecho de prestar el servicio como trabajadores en misión, en actividades del giro habitual de las funciones legales del *Fondo Nacional del Ahorro*, en manera alguna se constituye en un hecho indicador de un encubrimiento laboral, pues dicha figura opera cuando la contratación no se ciñe a los eventos permitidos por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es decir, para tercerizar actividades permanentes de la usuaria.

Máxime que si existió una causal para contratar con *Optimizar Servicios Temporales S.A* la cual fue el proceso de expansión que estaba realizando el *Fondo Nacional del Ahorro* en los nuevos productos de implementación del plan nacional de desarrollo, necesitando aumento de producción para la realización del mismo.

En ese orden, siendo indiscutible en esta instancia la vinculación mediante contrato de trabajo de los demandantes a la empresa de servicios temporales *Optimizar Servicios Temporales S.A*, desde el 17 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, 9 de diciembre de 201 hasta el 30 de septiembre de 2015, y del 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015 respectivamente, periodos en los cuales los accionantes se desempeñaron como trabajadores en misión ante la usuaria *Fondo Nacional del Ahorro*, lo cual se enmarca dentro del precepto legal contenido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, según el cual las empresas usuarias sólo pueden contratar con empresas de servicios temporales, por un término de 6 meses prorrogable hasta por seis (6) meses más, es decir un (1) año, el que no se superó en el presente asunto respecto de cada uno de los demandantes.

De ahí, que resulte acertada la decisión de la *a-quo* de haber determinado que el *Fondo Nacional del Ahorro* no era empleador directo de los aquí demandantes, sino que fue la Empresa de Servicios Temporales la que fungió como verdadero empleador de éstos. Sobre el tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación No. 9435 del 24 de abril de 1997, reiterada en sentencia SL16350-2014, Radicación No. 58172 del 29 de octubre de 2014, señaló:

“LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO

“Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T, pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de



representante convencional del patrono E.S.T, con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del Decreto 2351 de 1965 (C.S.T art 32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan solo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación.

*“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que **como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.***

“Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobrecosto sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento.

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, art 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones. (C.S.T, arts 14 y 43)”

En consonancia con tal pronunciamiento, en el caso bajo examen, dada su vinculación como trabajadores directos de la empresa de servicios temporales llamada a juicio, en modo alguno el *Fondo Nacional del Ahorro* está llamado a responder solidariamente por las acreencias laborales que la empleadora dejó de pagarle oportunamente a su trabajador y por la cual fue condenada a pagar la indemnización moratoria, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primer grado por este puntualísimo aspecto.



De la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.

Ahora bien, con respecto a la demandada *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, establecida la existencia de dichos contratos se señala que estos fueron terminados en el 30 de septiembre de 2015, y conforme se acreditó en el proceso únicamente hasta el año 2017 se le cancelaron a los demandantes su liquidación de la siguiente manera:

_ A *Héctor Manuel Barragán Villalba* le fue cancelada su liquidación el día 28 de noviembre de 2017 en la suma de \$3.111.453.

_ A *James Emerson Ardila Fonseca* le fue cancelada su liquidación el 26 de octubre de 2017 en la suma de \$3.093.417.

_ A *Alejandro Echeverry Ceballos* le fue cancelada su liquidación el 31 de octubre de 2017 en la suma de \$6.955.353.

Conforme a lo manifestado anteriormente, el Despacho señaló que según el certificado de existencia y representación legal de *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, en este se acreditó que el proceso de reorganización fue admitido el 15 de febrero de 2016, y que el 17 de noviembre de la misma anualidad, se determinó decretar la apertura del trámite de liquidación judicial, de manera que fue a partir de dicha data que el empleador dejó de manejar los destinos de la empresa, y estos fueron asumidos por un agente distinto a quien no se le puede imputar mal fe, por lo que fulminó condena por esta pretensión y respecto de cada uno de los demandantes a partir del 1º de octubre de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2016.

Puestas así las cosas, frente a la situación alegada como indicadora de un obrar de buena fe, de vieja data tiene asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la falta de liquidez no exime a la empresa del pago de la sanción moratoria, aunado al hecho que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas. Así, en sentencia SL16884-2016, Radicación No. 40272 del 16 de noviembre de 2016, señaló:

“Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:

“[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo.

“[...]”

“La Sala también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de



salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar.”

Así las cosas, debe confirmarse la condena respecto de la indemnización moratoria, al considerarse que, la actuación de la encartada se encontraba enmarcada en la ausencia de buena fe por no proceder con las obligaciones legales a la finalización del vínculo laboral.

Vale la pena referir igualmente, que es claro para esta Corporación que a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, como así lo prevén los artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 y el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, los cuales consagran lo siguiente:

“Artículo 17. Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso”.

Artículo 34. Agréguese dos párrafos al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, los cuales quedarán así:

Parágrafo 3o. Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores”.

Parágrafo 4o. En especial el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las pequeñas acreencias, es decir aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor.

Ahora bien, atendiendo los preceptos normativos citados, esta Corporación considera que la limitación de la condena por concepto de indemnización moratoria realizada por la *a-quo* se encuentra ajustada a derecho en el sentido de decretarla hasta el 16 de noviembre de 2016, en tanto la entidad entró en liquidación judicial al día siguiente.



Lo anterior, en razón a que como lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL2833-2017, Radicación No 53793 del 1 de marzo de 2017, en la cual consideró que *“En lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 7 de septiembre siguiente, conocido plenamente dentro del plenario, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala fe, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto”*.

Así las cosas, la sentencia de primer grado se confirmará por este puntualísimo aspecto, máxime si se tiene en cuenta en lo que respecta al monto de la condena decidida por la falladora de instancia respecto de cada demandante, no fue reprochado por ninguno de los recurrentes, recogiendo cualquier criterio que se haya expresado con anterioridad.

De la condena a Confianza S.A.:

Se alega por la parte demandante, que la llamada en garantía *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.*, debe responder por la indemnización moratoria, en razón a que la póliza que se tenía desde un principio para cubrir las disposiciones legales a favor de los trabajadores en misión al servicio del tomador para una vigencia, fue adquirida por *Optimizar Servicios Temporales S.A.*

Al respecto, considera la Corporación que esta entidad no está llamada a responder por las condenas impuestas a *Optimizar Servicios Temporales S.A.*, toda vez que quien llamó en Garantía a esta compañía fue el *Fondo Nacional del Ahorro* quien fue absuelta.

Aunado a lo anterior, se debe recordar que el artículo 18 del decreto 4369 de 2006, por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales, establece que la póliza de garantía se hará efectiva a solicitud de los trabajadores en misión, cuando la Empresa de Servicios Temporales se encuentre en iliquidez, situación que no ocurre en este juicio, por cuanto quien llamó en garantía a la aseguradora es el *Fondo Nacional del Ahorro* quien como ya se dijo fue absuelta.

Por las razones anotadas, la decisión de primer grado se confirmará en su integridad. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 02 2016 00352 01
Demandante: JULIO ANTONIO OSUNA ÁLVAREZ
Demandado: COLPENSIONES, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y
EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Mónica Esperanza Tasco Muñoz* identificada con C.C No 1.018.451.024 y T.P No 302.509 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en el grado jurisdiccional de consulta, por cuanto las resultas de la decisión fueron adversas a los intereses del demandante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Julio Antonio Osuna Álvarez*, formuló demanda en contra de *Colpensiones*, la *Unidad Administrativa especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca* y el *Departamento de Cundinamarca*, con la finalidad que se declare que en el monto de la mesada pensional de jubilación que le reconociera el *Departamento de Cundinamarca* mediante la Resolución No. 000610 del 25 de abril de 1996, se omitió tener en cuenta la prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral de servicios, bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivos, viáticos, quinquenios y días de descanso compensados en dinero, así como que se declare que es beneficiario del régimen de transición.

Por consiguiente, se le condene al *Departamento de Cundinamarca* a reliquidar su pensión plena de jubilación, con todos los factores salariales anteriormente referenciados, durante el último año o pluralidad de años de la relación laboral según



la situación que le resulte de mayor favorabilidad, junto con el retroactivo respectivo e indexación.

Igualmente, se condene al incremento pensional del 7%, 14% y 25% por personas a cargo, indemnización integral de perjuicios, sanción pecuniaria por la mora en el reconocimiento y pago de la pensión en debida forma, indexación de la primera mesada pensional y cualquier concepto que se genere de manera adicional.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se vinculó laboralmente con la *Gobernación de Cundinamarca*, donde prestó más de veinte años de servicios sin solución de continuidad.

Que además de la asignación básica mensual, causó conceptos tales como la prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por vacaciones y vacaciones compensadas en dinero, prima especial de servicios, prima semestral de servicios, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, dominicales y festivos, viáticos, quinquenio y días de descanso compensados en dinero, sin que al momento del reconocimiento de la pensión se hubiesen tenido en cuenta dichas asignaciones, omitiéndose además efectuar la debida valoración y verificar de su mesada pensional el promedio del total de los ingresos del último año o pluralidad de años según la situación que le resultare más favorable.

Por lo anterior, se ha visto afectado en un notorio detrimento patrimonial al habersele asignado una mesada pensional inferior a la que realmente es merecedor.

Que para el amparo mínimo de los riesgos de invalidez, vejez y muerte se afilió al *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones* donde le fueron efectuados los respectivos descuentos a seguridad social, aunado a que derivado de él responde su cónyuge *Ana Matilde Osuna*, la cual por su delicado estado de salud ha tenido que depender de terceras personas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El *Departamento de Cundinamarca* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que al ente a quien se le debe endilgar responsabilidad es a la *Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca* en razón del Decreto Ordenanza No. 0261 del 3 de agosto de 2012, pues dicha entidad es la que en la actualidad ostenta los archivos de los trabajadores del Departamento de Cundinamarca.



Propuso las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción.

Colpensiones igualmente se opuso al petitum, argumentando en primer lugar que el actor no se encuentra registrado en la nómina de pensionados, lo que conlleva a su vez a que no se pueda estudiar lo concerniente al reajuste por personas a cargo.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la denominada innominada o genérica.

La *Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca*, adujo que no ha omitido ningún facto salarial respecto de la mesada pensional reconocida al demandante mediante la Resolución No. 610 del 15 de abril de 1996, y posteriormente mediante Resolución No. 7011 del 26 de septiembre de 1996, le fue reconocida la reliquidación de la pensión con base en lo devengado en el último año de servicios, por lo que no le asiste derecho a ninguna de las pretensiones aquí invocadas.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra, declarando las excepciones formuladas por las encartadas.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que de las pruebas obrantes al proceso se logró demostrar que al aquí demandante le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 000610 del 25 de abril de 1996 de conformidad con el beneficio otorgado en la Convención Colectiva de Trabajo, a partir del 22 de diciembre de 1995 en cuantía de \$287.507, así como que al revisar el texto convencional, se evidenció que la pensión de jubilación del actor, le fue reconocida en virtud del artículo 89.

Asimismo, que resulta claro que el *Departamento de Cundinamarca* mediante Resolución 007011 del 26 de septiembre de 1996, reliquidó la pensión del actor con base al salario promedio devengado en el último año de servicios por valor de \$406.204.99, cuyo 75% es equivalente a \$304.653, a partir del 22 de diciembre de 1995, junto con los reajustes de ley y canceló las diferencias de las mesadas, teniendo en



cuenta los conceptos de sueldo básico, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de navidad, viáticos, prima de servicios y prima de vacaciones.

Que en tal sentido, y luego de confrontar el último año de servicios laborado por el demandante de acuerdo a la certificación emanada por el *Departamento de Cundinamarca*, concluyó que la reliquidación efectuada en el año de 1995, fue superior a la que realmente tenía derecho en atención a dichos factores salariales, de ahí que la reliquidación pretendida en esta demanda no tuviera vocación de prosperidad.

Igualmente, frente a la pretensión referente encaminada a que se tenga en cuenta acreencias y devengos causados durante el último año o pluralidad de años, tales como prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones compensadas en dinero, prima especial de servicios, prima semestral de servicios, bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivos, viáticos, quinquenios y días de descanso remunerados por labor habitual en festivo o dominicales, no es posible atender dichos aspectos en la forma solicitada, por cuanto la pensión fue prevista por la Convención Colectiva de Trabajo, la cual indica que la mesada pensional equivale al 75% de lo devengado en el último año de servicios y no a la pluralidad de años como se solicita.

Que con relación a los incrementos pensionales del 7% y 14% por personas a cargo, así como el 25% por necesidad de ayuda a tercera persona, dijo no ser posible a dicha pretensión por cuanto la pensión otorgada al actor lo fue con base en la Convención Colectiva de Trabajo, la cual no prevé el pago de dichos incrementos, máxime si los mismos se encuentran contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobados por el Decreto 758 de igual año.

Por último, dijo que frente la indemnización integral de perjuicios, no estaba llamada a prosperar, toda vez que no se accedió a ninguna condena en contra de la demandada, y en lo que atañe a la indexación, tampoco es de vocación como quiera al demandante se le aceptó la renuncia a partir del 22 de noviembre de 1995, reconociéndosele la pensión mediante resolución del 25 de abril de 1996, es decir dentro de los cuatro meses siguientes con que disponen las entidades para el reconocimiento del derecho.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 C.P.T. y de la S.S., pues las pretensiones de la demanda fueron totalmente adversas a las pretensiones del demandante.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional teniendo en cuenta para ello los salarios y devengos tales como la prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral de servicios, bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivos, viáticos, quinquenios y días de descanso compensados en dinero, así como que se pague el derecho de manera retroactiva.

Asimismo, habrá de determinarse si es procedente el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del 7%, 14% y 25% por personas a cargo, indemnización integral de perjuicios, sanción pecuniaria por la mora en el reconocimiento y pago de la pensión en debida forma, indexación de la primera mesada pensional y cualquier concepto que se genere de manera adicional.

c. Del caso en concreto:

Así las cosas, sea lo primero indicar que el *Departamento de Cundinamarca* mediante Resolución No. 000610 del 25 de abril de 1996, reconoció al demandante una pensión vitalicia de jubilación a partir del 22 de diciembre de 1995, en cuantía de \$287.507, acto administrativo del que se desprende de su parte motiva la aplicabilidad del artículo 89 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Al respecto, se aprecia que a folios 550 a 566 yace la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1993 y 1994 suscrita entre el *Departamento de Cundinamarca* y el *Sindicato de Trabajadores Oficiales del Departamento de Cundinamarca*, el dispone en su artículo 89:

“ARTÍCULO 89: PENSIONES DE JUBILACIÓN. - El DEPARTAMENTO continuará reconociendo y pagando a los trabajadores a su servicio, por conducto de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – CAPRECUNDI -, o la entidad que haga sus veces, la pensión de jubilación con 20 años de servicios continuos, anteriores o posteriores, a la presente Convención Colectiva de Trabajo y 50 años de edad. Esta pensión será del 75% del promedio salarial devengado durante el último año de servicios.



“Tendrán derecho a dicha pensión de jubilación, aunque no hayan cumplido los 50 años de edad, los trabajadores que habiendo laborado al servicio del DEPARTAMENTO por 20 años o más se encontraren absolutamente incapacitados para trabajar; así como también los que hallándose en las mismas circunstancias de servicio sean retirados por causa diferente de separación voluntaria o mala conducta comprobada”.

También se aprecia que el Departamento de Cundinamarca a través de Resolución No. 007011 del 26 de septiembre de 1996, reliquidó la pensión de jubilación del demandante, bajo el entendido que el promedio del último año de servicios del actor ascendía a la suma de \$406.204, cuyo 75% era \$304.653, último valor que fue reconocido a partir del 22 de diciembre de 1995, cancelando además los reajustes y diferencias de las mesadas, acto administrativo que se lo notificó el 1º de octubre de 1996 (Fls. 82 a 84).

Para dicha reliquidación pensional, el Departamento de Cundinamarca tuvo en cuenta los siguientes valores según se desprende del documento denominado Certificación y Liquidación para Pensión (Fl. 88).

- _ Sueldo Básico \$269.956.
- _ Subsidio de Transporte \$11.114.
- _ Prima de alimentación \$31.338.
- _ Prima de navidad \$25.645.
- _ Viáticos \$22.861.
- _ Prima de servicios \$22.645.
- _ Prima de vacaciones \$22.645.

Bajo este escenario, con la finalidad de determinar si en efecto al demandante le fue reliquidada su pensión de jubilación sobre los valores realmente devengados en el último año de servicios conforme lo regulado en el artículo 89 de la cláusula convencional ya referida, es menester confrontar el certificado de tiempo de servicios que allegado por el *Departamento de Cundinamarca* obrante a folios 492 a 496 del paginario, y realizadas las operaciones respectivas, se tiene lo siguiente:

AÑO 1994		
DICIEMBRE	Asignación Básica	\$ 177.692
8 días	Subsidio de transporte	\$ 8.975
	Prima de alimentación	\$ 25.823
	Viáticos	\$ 58.674
	Feridos y dominicales	\$ 63.198
	Prima de navidad	\$ 63.328

AÑO 1995		
ENERO	Asignación Básica	\$ 280.798
30 días	Subsidio de transporte	\$ 8.975
	Prima de alimentación	\$ 25.823
	TOTAL	\$ 315.596



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

FEBRERO	Asignación Básica	\$ 253.624
30 días	Subsidio de transporte	\$ 8.795
	Prima de alimentación	\$ 23.324
	TOTAL	\$ 285.743
MARZO	Asignación Básica	\$ 280.798
30 días	Subsidio de transporte	\$ 10.815
	Prima de alimentación	\$ 25.823
	TOTAL	\$ 317.436
ABRIL	Asignación Básica	\$ 271.740
30 días	Subsidio de transporte	\$ 10.815
	Prima de alimentación	\$ 24.990
	Viáticos	\$ 21.516
	TOTAL	\$ 329.061
MAYO	Asignación Básica	\$ 280.798
30 días	Subsidio de transporte	\$ 11.353
	Prima de alimentación	\$ 24.990
	Viáticos	\$ 37.653
	TOTAL	\$ 354.794
JUNIO	Asignación Básica	\$ 271.740
30 días	Subsidio de transporte	\$ 11.353
	Prima de alimentación	\$ 24.990
	Prima anual	\$ 230.280
	Viáticos	\$ 10.758
	TOTAL	\$ 549.121
JULIO	Asignación Básica	\$ 280.798
30 días	Subsidio de transporte	\$ 11.353
	Prima de alimentación	\$ 25.823
	TOTAL	\$ 317.974
AGOSTO	Asignación Básica	\$ 280.798
30 días	Subsidio de transporte	\$ 11.353
	Prima de alimentación	\$ 25.823
	Viáticos	\$ 43.032
	TOTAL	\$ 361.006
SEPTIEMBRE	Asignación Básica	\$ 271.740
30 días	Subsidio de transporte	\$ 11.353
	Prima de alimentación	\$ 31.500
	Viáticos	\$ 10.758
	TOTAL	\$ 325.351
OCTUBRE	Asignación Básica	\$ 280.798
360 días	Subsidio de transporte	\$ 11.353
	Prima de alimentación	\$ 32.550
	Viáticos	\$ 32.274
	TOTAL	\$ 356.975
NOVIEMBRE	Asignación Básica	\$ 271.740
360 días	Subsidio de transporte	\$ 11.353
	Prima de alimentación	\$ 31.500
	Viáticos	\$ 10.758
	TOTAL	\$ 325.351
DICIEMBRE	Asignación Básica	\$ 280.798
22 días	Subsidio de transporte	\$ 11.353
	Prima de alimentación	\$ 32.550
	Viáticos	\$ 41.450
	Prima de navidad	\$ 309.511
	TOTAL	\$ 675.662
SUMA TOTAL		\$ 4.577.398
/ 12		\$ 381.450

Como se puede apreciar, sumados todos los factores salariales del último año de servicios, comprendidos entre el 22 de diciembre de 1994 y el 22 de diciembre de 1995, calenda última en la que al demandante se le reconoció la pensión de jubilación, arroja un total de \$4.577.398, que al dividirse entre 12 arroja un total de servicio de **\$381.450**, monto inferior al tenido en cuenta por la encartada cuando se reliquidó la pensión, e incluso al determinado por la *a-quo*, que como ya se dijo ascendió a la suma de



\$406.204; circunstancia por la cual, resulta palmario que no hay lugar a la reliquidación pretendida.

En este tópico, aclara la Sala que como lo dispuso la falladora de instancia, si bien en el certificado de tiempos se aprecia que al demandante durante en el último año de servicios se le certificó un pago denominado “*Bonificación especial de choferes*”, el mismo no fue pretendido por el actor a efectos de que fuese tenido en cuenta como factor salarial, ni mucho menos la demandada lo tuvo en cuenta como reliquidación, de ahí que dicho rubro deba tenerse en cuenta para la reliquidación aquí deprecada.

Ahora, el demandante alega que para la reliquidación debe tenerse en cuenta devengos de la pluralidad de años laborados, situación que tampoco puede ser tenida en cuenta en tanto, es claro el articulado convencional 89, en precisar que para el cálculo tan solo se debe analizar el último año de servicios, de ahí que resulte improcedente la referida pretensión, adicional a que los conceptos analizados anteriormente fueron los únicos reconocidos durante el último año de servicios, por lo que tampoco resulta próspero que a la mesada pensional se le tenga en cuenta otro rubro como lo alega en las pretensiones.

De la misma manera se advierte que no hay lugar al pago de incrementos pensionales por personas a cargo del 7%, 14% y 25%, pues se itera, al haber sido reconocida la pensión del actor derivada de un beneficio convencional, los mentados incrementos no operan, ya que estos los regula el Acuerdo 049 de 1990.

En lo que atañe a la indexación de la mesada, no hay lugar a esta condena, por cuanto haberse le fue aceptada la renuncia a partir del 22 de diciembre de 1995, siendo reconocida su pensión a través de resolución del 25 de abril de 1996, tiempo prudente para decidir el derecho pensional de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que se puede colegir que no existió pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por último, no hay lugar al pago de perjuicios ya que de todo lo analizado, es evidente que las demandadas no han transgredido ningún derecho fundamental del demandante, lo que conduce a confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia. Así se decidirá.

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

V. DECISIÓN:



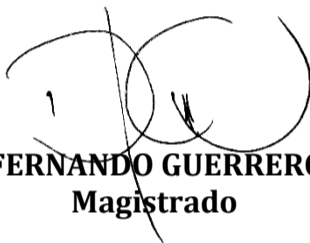
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

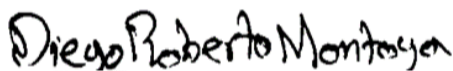
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

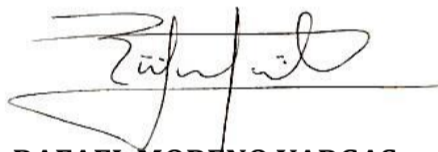
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 24 2016 00551 01
Demandante: ERNESTINA TOTENA GUTIERREZ
Demandado: LUIS HERNANDO LOZANO PEREZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 22 de noviembre del 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ernestina Totina Gutiérrez* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Luis Hernando Lozano Pérez* a efectos que se declare que entre las partes existió un vínculo laboral que se extendió del 1° de enero del 2006 al 1° de febrero del 2016, devengando el salario mínimo legal mensual vigente.

En consecuencia, solicita se condene a la pasiva al pago de la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la sanción por la no consignación de las cesantías, el pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que sostuvo una relación laboral con la pasiva regida por un contrato de trabajo a término indefinido, la cual inició el 1° de enero del 2006.



Expresa que desarrolló el cargo de Administradora – Vendedora de calzado a órdenes del demandado, en los establecimientos de comercio ubicados en la ciudad de Bogotá, percibiendo el salario mínimo legal mensual vigente.

Afirma que los aportes al Sistema General de Seguridad Social no fueron cancelados en debida forma y que la relación laboral finalizó sin justa causa el 1° de febrero del 2016, sin que le fuera solucionada la correspondiente liquidación, no fue afiliada a la ARL, ni fue sometida a exámenes médicos.

Finalmente, que solicitó el pago de la liquidación frente a lo cual el demandado se limitó a entregarle una certificación laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado en su escrito de contestación se opuso íntegramente a las pretensiones aduciendo que entre las partes no existió ninguna relación laboral.

Formula como medios exceptivos de mérito los que denominó buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, prescripción e inexistencia del contrato laboral.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de noviembre del 2019 declaró la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre del 2006 y el 1° de enero del 2016; en virtud del cual, condenó al señor *Luis Hernando Lozano Pérez* a cancelar a la demandante las siguientes sumas de dinero: \$5.437.145 por concepto de auxilio de cesantías, \$173.642,50 por concepto de intereses de cesantías, \$1.567.980 por concepto de prima de servicios, \$13.839.675 por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías, más los aportes al Sistema General de Seguridad Social y la sanción moratoria en cuantía de un día de salario desde el 2 de enero del 2016 hasta cuando se cancelen en su integridad las prestaciones sociales; absolvió al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.



Como sustento de su decisión aduce que conforme el material probatorio aportado, en especial la declaración juramentada de la señora *Marlene Salazar*, así como los testimonios vertidos en el plenario, se acreditó que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo que se extendió del 31 de diciembre del 2006 al 2 de enero del 2016, para lo cual tuvo en cuenta además el último y primer día hábil de los años en que laboró.

Señaló que si bien el accionado no fungía como propietario de todos los establecimiento de comercio en que prestó servicios la accionante, si ostentó la calidad de empleador, al impartir las órdenes y solucionaba el salario.

Frente a la excepción de prescripción aduce que teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda, se debe declarar probada frente a las acreencias laborales causadas antes del 4 de octubre del 2013, con excepción de las cesantías y los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se evidenció un actuar de mala fe de la parte demandante, al pretender acreditar la relación laboral con un certificado espurio elaborado por la accionante.

Refiere que no se acreditó la prestación personal del servicio, pues acorde al dicho de los testigos la actora laboró en varios establecimientos de comercio que no son de propiedad del demandado, quien únicamente es propietario del establecimiento de comercio denominado DORAIZYK, máxime que los deponentes no ameritan credibilidad al mostrarse parcializados y constituirse en testigos de oídas.

Argumenta que no se acreditaron los extremos temporales, declarándose en primera instancia el contrato de trabajo en fechas que la misma demandante admite que no trabajó.

Por otra parte, que en gracia de discusión, la demandante no solicitó el pago de las prestaciones sociales, y si bien se puede ordenar su pago *ultra y extra petita*, lo cierto es que no se probó la falta de pago, pues sobre el particular tan solo hay evidencia del



dicho de la propia demandante, siendo que los testigos aducen que si se cancelaban las prestaciones sociales.

Frente a las indemnizaciones, que se discutió la existencia del contrato de trabajo, lo cual acredita un actuar de buena fe.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, (i) si entre las partes existió un contrato de trabajo; en caso afirmativo (ii) si se encuentran probados los extremos de la relación laboral y el pago de acreencias laborales; y (iii) si el demandado acreditó que actuó de buena fe y en consecuencia debe ser absuelto del pago de las sanciones moratorias.

c. Del Vínculo Laboral:

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

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



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

d. Del caso en concreto

En claro lo precisado en líneas precedentes procedió la Sala a realizar un análisis de los medios probatorios allegados al proceso, constatando que en los interrogatorios de parte el demandado admitió que tiene varios establecimientos de comercio denominados BAMBINO y DORAIZYK; que si conoce a la demandante, acotando que laboró para su cónyuge en un almacén denominado CIEMPIÉS ubicado en Galerías y que el sí frecuenta los almacenes antes mencionados. A su turno, la demandante aduce que inicialmente laboró en DORAIZYK desde el año 2005 de manera temporal, y de manera permanente desde el año 2006, siendo trasladada para trabajar a Bosa en el año 2008, en donde permaneció durante dos (2) años; que también trabajo en un almacén en la parte del sótano; que el demandado no permanecía en el almacén pero era el quien los surtía; que la certificación laboral fue expedida por el demandado y que la madre del demandado, señora Carmenza Lozano, era quien la supervisaba, precisando que laboró hasta febrero del 2016, y que no trabajó el 1° de enero de dicha anualidad.

Por otro lado fue evacuado el testimonio de la señora *Marleny Salazar*, quien adujo haber laborado para el demandado en sus almacenes, siendo la encargada de hacer al inducción a las personas que ingresaban, por lo cual conoció a la demandante, constándole que ingresó en el año 2006 y laboró hasta el año 2016, cuando cerraron el almacén; que les pagaban el salario mínimo y que laboró con la demandante en el almacén DORAIZYK hasta que la trasladaron a Ricaurte y a la demandante a Galerías y luego a Bosa; que las órdenes las impartía por disposición del accionado, quien a su vez era la persona encargada de pagarles el salario; que la certificación laboral la elaboró la hija de la testigo y la firmó el demandado; agrega que además del salario le pagaban la prima y las liquidaban cada año. Testimonio que se precisa fue tachado de sospechoso por tener una acción judicial contra el demandado.



Asimismo, se practicó la declaración de la señora *Gloria Edilma Buitrago*, cónyuge del demandante, quien no aportó información relevante al proceso, en tanto se limitó a indicar que el accionado era propietario de almacenes de calzado, refiriendo no conocer a la demandante, indicando que las únicas trabajadoras fueron las señoras *Gilma* y *Elena*.

De otra parte, la testigo *Erika Adriana Ramírez Polanco*, indicó que laboró en los almacenes DORAIZYK de propiedad del demandado y de su madre, por tanto le consta que la señora *Marleny Salazar* era la persona encargada de entrenarlas al ingresar; refiere que laboró hasta el año 2008 siendo el demandado quien les solucionaba el salario, siendo su madre quien las supervisaba; que el horario era de 8:00 a.m. a 8: p.m. durante todos los días de la semana; que les cancelaban el salario mínimo y en unas ocasiones les pagaron la prima; refiere que cuando ella ingresó en el año 2005 la demandante ya prestaba servicios temporal y en el 2006 quedó como trabajadora permanente.

Por otra parte la testigo *Cindy Katherine Egui Salazar*, refiere haber laborado para el demandado al igual que su madre, señora *Marleny Salazar*, por tanto le consta que conoció a la demandante desde el año 2005 o 2006, por cuanto la demandante trabajaba en el establecimiento DORAIZYK y luego fue trasladada a Bosa; que la actora se desempeñaba como vendedora de zapatos, que les pagaban el salario mínimo legal mensual vigente y la prima, y que las órdenes las impartía el accionado, quien además contrataba el personal y decidía las desvinculaciones.

De otra parte en lo que respecta a las pruebas documentales se corrobora que fue aportado un certificado de la Cámara de Comercio en el cual consta que el demandado es propietario de los establecimientos de comercio denominados *Calzado Doraizik*, *Sdeed Shoes* y *Regalos Bambino* (Fls 32-33); asimismo, se aporta un certificado de la Cámara de Comercio que da cuenta de que su cónyuge, señora *Gloria Edilma Buitrago Franco* es propietaria de los establecimientos de comercio denominados *Calzado Cienpiés* y *Calzado Cienpiés 2* (Fls 34-35).

Igualmente fue aportada una certificación laboral suscrita por el demandado, con el logo de la empresa *Calzado Cienpiés* en el cual se indica que la demandante trabajó en el cargo de administradora vendedora del 1° de enero del 2006 al 1° de febrero del 2016 (Fl 14), sin embargo la misma fue tachada de falsa y se confirmó por parte del Instituto



de Medicina Legal y Ciencias Forenses que la firma que aparece en el mismo no corresponde a la del demandado, por lo que este documento no será tenido en cuenta por la Sala (Fls 77-83).

Ahora, en lo que respecta tacha formulada contra la señora *Marleny Salazar*, es menester indicar que esta en modo alguno comporta que no deban ser tenidas en cuenta sus declaraciones, sino que impone para el fallador un mayor rigorismo en su análisis, como de contera ha sido explicado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como en efecto se procederá a hacer en la presente decisión en la cual se analizarán los mismos, en concordancia con los demás medios probatorios. Así en sentencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 3721 del 2019, Radicado No 69418, recordó:

“Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar” (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01),”

De cara a lo indicado en líneas precedentes, para esta Sala de decisión no existe duda alguna en que entre las partes sí existió una relación de carácter laboral, por cuanto, con excepción de la cónyuge del demandado, los testigos son contestes en afirmar que la demandante prestó sus servicios como vendedora para el demandado en los establecimientos de los cuales es propietario, actividad que desarrolló la demandante bajo la continua subordinación ejercida por el demandado o por la señora *Marleny Salazar* acorde con las directrices impartidas por el propio demandado, cumpliendo un horario de trabajo, prestando el servicio en los establecimientos de comercio que el demandado indicara, percibiendo como contraprestación una remuneración salarial correspondiente al mínimo legal mensual vigente.

Siendo del caso precisar que pese a la tacha que se presentó frente a la testigo *Marleny Salazar*, lo cierto es que se logró comprobar que su declaración, en lo tocante a las características de la relación laboral que unió a las partes, resulta totalmente congruente con el relato realizado por las testigos *Erika Ramírez* y *Cindy Egui*. Razón



por la cual, tal argumento de la alzada resulta insuficiente para desacreditar la relación laboral.

Luego, resulta evidente que en el *sub-examine* está acreditada la prestación personal del servicio, por tanto se presume la existencia del contrato de trabajo al tenor de lo reglado en el artículo 24 del C.S.T, presunción que no logró derruir el demandado, pues a *contrario sensu*, el material probatorio arrimado a las diligencias permitieron corroborar la concurrencia de los otros dos elementos del contrato de trabajo, esto es, la continua subordinación y la remuneración, por manera que la Sala concuerda con la decisión del fallador de primera instancia al declarar probada la relación laboral.

En lo atinente a los extremos temporales, igualmente comparte la Corporación arriba a la misma la conclusión del *a-quo*, pues acorde las declaraciones rendidas por los testigos se constata que por lo menos que la demandante laboró desde el año 2006 hasta el año 2016 y como quiera que no existe precisión en los días exactos, resulta lógico que se tenga como fecha de inicio el último día hábil del 2006 y como data de terminación el primer día hábil del 2016. Destacando que el hecho de que la demandante afirmara que durante la relación contractual no laboraba los días 1° de enero, en modo alguno demerita el hecho de que se tenga como extremo final el 2 de enero del 2016, pues lo que expresó la demandante es que el 1° de enero la actora se beneficiaba de un descanso remunerado, pues incluso aclara que para el pago de la quincena se le tenía en cuenta desde el 1° al 15 de enero, por tanto tal afirmación no se puede tener como si esta hubiera declarado que la relación había fenecido el 1° de enero como lo pretende hacer ver el recurrente en la alzada.

Siendo del caso precisar que aun cuando las deponentes reconocen que los últimos años no laboraron en el mismo almacén con la demandante, tal afirmación no desdibuja su precisión frente a la fecha de terminación del vínculo, en la medida en que *Marleny Salazar* puntualiza que ello fue hasta el cierre del local que se dio en el año 2016.

En este orden de ideas no existe duda alguna en que la relación laboral se extendió del 31 de diciembre del 2006 al 2 de enero del 2016, como acertadamente lo estableció el fallador de primera instancia.

En tal sentir, le asiste la razón al fallador de primera instancia al hacer uso de sus facultades *ultra y extra petita*, para con fundamento en las mismas ordenar el



reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas en vigencia de la relación laboral, respecto de las cuales se echa de menos prueba alguna que permita corroborar con entera precisión que fueron realizados los correspondientes pagos, destacando que si bien las testigos adujeron que sí se cancelaron las primas, tal afirmación no es suficiente para dar por sentado el cumplimiento de dicha obligación a cargo del demandado, pues de hecho la señora *Erika Adriana Ramírez Polanco* explicó que esta se canceló en algunas ocasiones y las otras dos testigos no pudieron expresar con claridad, cual fue el monto exacto percibido por la demandante por dicho concepto o en qué fechas. Mucho menos se puede dar por sentado el pago de las acreencias laborales, con fundamento en lo dicho por *Marleny Salazar* cuando indica que anualmente se les pagaba una liquidación, pues no existe constancia de su pago, ni se precisa qué emolumentos estaban comprendidos en la misma o sus montos.

En esta misma senda, se recuerda que en tratándose de negaciones indefinidas como la falta de pago de las acreencias laborales, implica que quien debe probar que en efecto se cancelaron las mismas y se cumplió con las obligaciones de ley, es el empleador y no al trabajador, luego yerra el apelante al aducir que no podía ser condenado al pago de las mismas por cuanto el actor no probó su falta de pago. Siendo ello así no se puede relevar al demandado de la condena fulminada en su contra por tal concepto.

e. Buena fe

Finalmente, alega la pasiva en la alzada que no se debió fulminar condena en su contra por concepto de la sanción por la no consignación de las cesantías y por la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T.

Frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato.

Asimismo, el artículo 99 de la ley 50 de 1990, previó una sanción similar para quienes no consignaran las cesantías dentro del término previsto por el legislador, igualmente equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la consignación.



No obstante, precisa la Sala que las citadas sanciones no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables.

Es justamente este elemento el que solicita valorar el recurrente, pues alega que el no pago de las acreencias laborales devino del convencimiento de que jamás existió una relación laboral. Argumento que, en modo alguno, permite entrever una buena fe por parte del demandante, pues *a contrario sensu* lo que se evidenció en el proceso fue que entre la demandante y el demandado existió una relación laboral, la cual fue negada de tajo por el demandado, quien no solo negó la existencia de la relación laboral, sino que en la declaración vertida en el proceso aludió que no conocía a la demandante, en tanto esta era trabajadora de su cónyuge, quien a su turno adujo en su testimonio, que jamás había visto a la demandante, afirmaciones que al ser analizadas a la luz de las demás pruebas arrojadas al proceso, son totalmente apartadas de la realidad, pues es claro que el demandado si conocía a la demandante, en tanto esta, por espacio de más de nueve (9) años laboró para el demandado atendiendo los almacenes de su propiedad y, los cuales eran dirigidos y administrados por el convocado a juicio.

Luego, para esta Sala no resulta de recibo que el extremo pasivo, alegue una buena fe aduciendo que siempre estimó que no existió un contrato de trabajo, habida consideración que acorde lo enunciado en precedencia, diáfano resulta colegir que lo que intentó con sus manifestaciones fue desconocer la labor desarrollada por la demandante a su favor y el vínculo laboral que los unió. Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reiterados pronunciamientos ha indicado que la simple afirmación del empleador de tener creencia de que la relación se rige por un vínculo distinto al laboral, no exime de la imposición de la moratoria, así pues, en sentencia SL-17152 del 2015, en la que indicó:

“Sin embargo, la supuesta e íntima convicción de la inexistencia de un contrato de trabajo es socavada con varios de los medios de prueba que militan en el infolio, que le permiten a la Sala concluir la inexistencia de buena fe de la demandada, pues, contrario a su dicho, sí era conocedora de que se trataba de un contrato de trabajo, y el trato que daba al accionante correspondía al de un trabajador subordinado.”

Finalmente, frente al argumento consistente en que la buena fe del convocado a juicio se encuentra acreditada en la medida en que asumió los gastos necesarios para probar



la tacha de falsedad frente a la certificación laboral aportada por la libelista, basta indicar que tal situación, no justifica el desconocimiento de los derechos laborales de la demandante a lo largo del vínculo laboral que unió a las partes en litigio.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

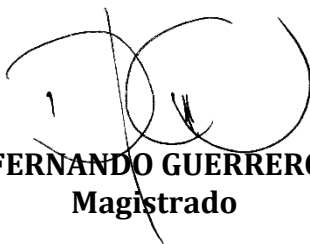
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

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

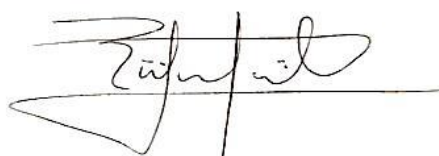
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **09 201700721 01**
Demandante: DIANA MILENA BOCANEGRA DÍAZ
Demandado: CORPORACIÓN NUESTRA IPS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Corporación Nuestra IPS*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad al profesional del derecho *Diego Armando Parra Castro*, identificada con C.C No 1.010.170.828 y T.P No 529.203 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre del 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Diana Milena Bocanegra Diaz*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *Corporación Nuestra IPS* a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 27 de abril del 2015 al 30 de enero del 2017; que laboró 95 horas de domingo a domingo entre febrero y julio del 2016 por valor de \$4.510.000 que a la fecha no le han sido cancelados, además que la pasiva se encuentra en mora en el pago de las cesantías del año 2016, las proporcionales del año 2017, los intereses de cesantías del año 2017, la prima de servicios del año 2017, la compensación en dinero de las vacaciones del año 2017 y la indemnización por despido injusto.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la pasiva al pago de las 95 horas laboradas de domingo a domingo, las prestaciones sociales adeudadas, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que suscribió con la demandada un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el 24 de abril del 2015, para desempeñar el cargo de médico general con una asignación salarial de \$2.313.300, el cual incremento en 2016 en cuantía de \$2.469.900, precisando que el referido contrato se prorrogó hasta el 30 de enero del 2017.

Señala que las labores fueron desarrolladas en las instalaciones de la demandada de forma personal y acatando el horario que le fue asignado, fijando como tarifa por la prestación de servicios por hora laborada los domingos la suma de \$44.000 y por hora adicional semanal \$22.000 representativos en bonos Sodexo, más un recargo de nómina de \$4.500.000.

Precisa que a la fecha no le han sido canceladas las horas laboradas en 2016, adicional a ello la demandada no tuvo en cuenta dichas horas para la liquidación de las acreencias laborales, por lo que el 9 de septiembre del 2016 exige el pago de los referidos conceptos, al igual que el 30 de noviembre del 2016 y el 30 de julio del 2017, pero jamás obtuvo una respuesta.

Refiere que a partir del agosto del 2016 se abstuvo de seguir laborando los días domingo y el 16 de enero del 2017 presenta su renuncia irrevocable a partir del 30 de enero del 2017, la cual es aceptada por correo electrónico del 21 de julio del 2017, el 30 de junio del 2017 se presenta en la entidad y recibe la liquidación definitiva de prestaciones cuantificada por valor de \$1.445.786, los cuales no ha recibido a la fecha.

El 31 de julio del 2017, reclama nuevamente el pago de la liquidación final y el valor de los domingos laborados entre febrero y julio del 2016, por lo que el 31 de julio del 2017 la pasiva genera una liquidación pero sin tener en cuenta los pagos recibidos por bonos Sodexo; el 28 de febrero del 2017 le entregan un comprobante de pago por valor de \$2.721.401 correspondientes a las cesantías del año 2016, las que le indicaron verbalmente están pendientes de desembolso, por lo que el 14 de agosto del 2017 presenta un derecho de petición solicitando el pago, frente a lo cual el 28 de agosto del 2017 la pasiva admite que se encuentra en mora, sin especificar la fecha en la cual se realizará el pago.



Finalmente, aduce que el 20 de octubre del 2017 se agotó conciliación extrajudicial ante el Ministerio de Trabajo, pero no hubo acuerdo conciliatorio, por lo que el 25 de octubre del 2017 solicitó a la pasiva copia integral de la hoja de vida, junto con el contrato de trabajo, sin haber obtenido a la fecha respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación aceptó la relación laboral, el tipo de contrato y los extremos temporales, así como el monto del salario pactado. No obstante, se opone a las pretensiones aduciendo que en los últimos meses de 2016 y principios del 2017, se presentó una situación ajena al control y voluntad de la entidad, que impidió el pago oportuno de las acreencias laborales, las que se han venido cancelando.

Formula como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido y pago total de la obligación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de diciembre del 2019, declaró que ente las partes un contrato de trabajo a termino fijo inferior a un año, el cual se prorrogó del 27 de abril del 2015 al 30 de enero del 2017; condenó a la demandada al pago de \$7.409.700 por concepto de indemnización por despido injusto y \$46.681.110 a título de sanción moratoria, disponiendo su respectiva indexación; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la pasiva.

Como sustento de su decisión indicó que no existe controversia sobre la existencia de una relación laboral, dado que la misma es aceptada desde la contestación de la demanda por la pasiva, lo cual también se verifica con los documentos aportados, de donde se tiene que la relación laboral que unió a las partes fue mediante un contrato de trabajo que empezó a término fijo inferior a un año, el cual se dio desde el 27 de abril de 2015 hasta el 30 de enero de 2017, el cargo desempeñado por la demandante fue el de médico general y la última asignación salarial mensual de \$2.469.900.



Respecto al pago de las horas extras dominicales y festivos se tiene que los mismos no fueron debidamente acreditados en los términos enunciados por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia radicada 31637 de 2008 y reiterada en la S.L. 15014 de 2017.

Sobre el pago de cesantías año 2016, que se acreditó el pago de las mismas (Fl 200); no obstante, frente al pago de cesantías proporcionales, intereses sobre las cesantías, compensación de vacaciones y primas proporcionales de 2017, que tales valores están reconocidos en las liquidaciones (Fls 57 y 58 y 172 y 173), conforme además a lo confesado por la demandante en su interrogatorio de parte como en los alegatos de conclusión, señalando que tales valores fueron cancelados el 27 de agosto de 2018.

Sobre la Indemnización por despido injusto, se verifica que la demandante presenta carta de renuncia por el incumplimiento en los pagos, hecho admitido por la pasiva y que se corrobora con la declaración de *Julián Gomez*, logrando establecer que la renuncia se encuentra suficientemente acreditada y por ello se fulmina condena a título de indemnización por despido injusto.

En lo que respecta a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T la pasiva aduce que de adeudarse algún concepto se debe a la intervención de *Saludcoop EPS, Cafesalud y Cruz Blanca*, quienes incumplieron los pagos, lo que la impactó económicamente de forma grave, y que pese a los múltiples requerimientos no se ha logrado la recuperación de dineros, no obstante la crisis económica de la empresa no es excusa para el retraso en el pago, máxime que el riesgo de la empresa no puede ser trasladada a los empleados, por lo que se impone el pago de dicha pretensión.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica frente a la indemnización moratoria que la jurisprudencia ha decantado que no debe operar de forma automática, siendo un hecho notorio que la intervención de *Saludcoop EPS* en el 2011, por presuntas irregularidades, implicó que no solucionara diversas acreencias, y pese a que tras cinco (5) años de crisis, se han hecho las gestiones tendientes a lograr la estabilidad de los actuales trabajadores y el pago de las obligaciones a favor de las



personas que han venido desvinculando la Corporación, situación es propia de un actuar leal. Resalta que posteriormente para el año 2015 la operación de los usuarios fue entregada a la *EPS Cafesalud*, entidad que acrecentó la crisis financiera ante la falta de pago de los servicios prestados, frente a la cual se procedió con las acciones judiciales pertinentes en aras de obtener unos recursos adeudados por las referidas EPS.

Asimismo, señala que desde la crisis que generó la intervención de *Saludcoop*, las condiciones económicas de la Corporación se han visto afectadas, en tanto es una entidad sin ánimo de lucro y sus ingresos dependen del pago de los servicios de salud prestados; de igual manera, que si bien es cierto que el trabajador no debe asumir las pérdidas del empleador, es claro que dicha regla opera frente a derechos ciertos y discutibles, más no frente a derechos inciertos como es la indemnización moratoria.

Adicionalmente respecto a la terminación del contrato como causal imputable al empleador aclaro que no se trató de una renuncia motivada, pues manifestó de forma expresa su decisión de terminar la relación laboral.

A su turno, la demandante presenta recurso de apelación parcial frente a la sentencia emitida primero frente las horas dominicales, pues fueron plenamente acreditadas, al llevar un registro de su causación; respecto de las cesantías del año 2016, que se adeudan en cuantía de \$1.828.979, toda vez que al momento de la terminación del contrato, no debía darse la consignación de este valor al fondo de cesantías;

Ahora bien, dentro de la moratoria de este tema de las cesantías debía tenerse en cuenta, ya que como lo acabo de mencionar no fueron pagadas directamente a la trabajadora y fueron consignadas al fondo de cesantías, lo cual no es un proceder correcto y pues de nuevo desvirtúa la buena fe con la que pudiera o presume la parte demandada haber actuado.

Frente a la indemnización moratoria, que se otorgó por 568 días, cuando a la fecha han transcurrido 1033 días de mora, máxime que el pago realizado el 27 de agosto de 2018, no interrumpió la sanción, al no solucionar en su integridad lo adeudado.

IV.- CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del trabajo suplementario reclamado por las labores desarrolladas los dominicales, al pago de las cesantías del año 2016, si efectivamente le asiste el derecho al pago de la indemnización por despido injusto y si la pasiva debe ser absuelta de la sanción moratoria por haber obrado de buena fe o si por el contrario hay lugar a su pago, por un valor superior al indicado en primera instancia.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre las partes existió una relación laboral que se extendió del 27 de abril del 2015 al 30 de enero del 2017, el cual se rigió por un contrato de trabajo a término fijo, percibiendo como última asignación salarial la suma de \$2.469.900.

Lo anterior por cuanto la pasiva al trabar la litis admitió los referidos supuestos de facto, los que en todo caso encuentran soporte en la documental visible a folios 6 a 9 y 160 a 168, a más que así fue declarado por el fallador de primera instancia, sin que ninguno de dichos tópicos fueran objeto de debate en la alzada.

d. De la indemnización por despido injusto:

En lo que a este punto corresponde, se tiene que la demandante anhela el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T, argumentando como sustento del *petitum* que presentó renuncia motivada por causas imputables al empleador. Condena que fuere impuesta en primera



instancia y de la cual disiente la convocada a juicio aduciendo que la demandante presentó su carta de renuncia de forma libre y voluntaria.

Así pues, procedió la Sala a revisar la carta de renuncia presentada por la promotora el 16 de enero del 2017, en la cual se puede leer:

“Por medio de la presente, yo DIANA MILENA BOCANEGRA DIAZ identificada con C.C No 1.018.439.479 de Bogotá, notificó mi renuncia irrevocable a partir del lunes 30 de enero del 2017 dado el incumplimiento en los pagos por parte de la Corporación Nueva IPS.”

Dimana pues del contenido de la referida comunicación que la decisión adoptada por la demandante se encuentra soportada en una de las justas causas de terminación del contrato imputables al empleador conforme lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 758 de 1990, literal b), numeral 6). Cuyo tenor literal es el siguiente:

“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

(...)

b) Por parte del trabajador:

(...)

6- El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales o legales.”

Causal que sea del caso indicar fue plenamente acreditada por la promotora a lo largo del juicio, por cuanto no solo obran los reiterados requerimientos que elevara a su empleador durante la vigencia del vinculo contractual, en aras de obtener el pago de las acreencias laborales en mora por los reiterados retrasos (Fls 29 a 34), sino que fue la propia accionada quien desde el momento en que contestó la demanda, admitió que debido a problemas económicos se presentaron retrasos en el pago de las obligaciones laborales, lo que fuera confesado por el representante legal de la pasiva en el interrogatorio de parte, al admitir que desde el año 2015 presentó incumplimiento en el pago de las acreencias laborales debido a problemas económicos que se generaron desde el año 2011.

En claro lo precedente, lógico resulta colegir que los reparos formulados por la pasiva en la alzada frente a la condena impuesta por el pago de la indemnización por despido injusto, carecen de vocación de prosperidad, pue se reitera, está suficientemente acreditado que la demandante renunció invocando una de las



justas causas de terminación del contrato imputable al empleador y esta fue debidamente acreditada en el plenario.

Así las cosas, se confirma la condena impuesta a la demandada en lo tocante al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto.

e. De las cesantías:

En lo que a este punto respecta, insiste la libelista que la pasiva no ha cancelado el monto correspondiente a las cesantías del año 2016, valor que aduce debió ser solucionado a la demandante y que a la fecha se encuentra insoluto.

Siendo ello así, lo primero que debe recordar la Sala es que conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, le corresponde al empleador liquidar a 31 de diciembre de cada año el valor de las cesantías por valor igual a 30 días de salario por año laborado, siendo su obligación legal proceder a la consignación de las mismas en el fondo de pensiones que escoja el trabajador antes del 15 de febrero de la siguiente anualidad.

En el *sub-examine*, la pasiva en aras de acreditar el cumplimiento de dicha obligación a su cargo, aportó el certificado de pago de las cesantías del año 2015, las cuales se constatan fueron consignadas el 15 de febrero del 2016, por valor de \$1.863.652 (Fl 210) e igualmente, reposa constancia de la consignación de las cesantías causadas durante el año 2016 al Fondo Nacional del Ahorro por valor de \$2.721.401 (CD Fl 200), transacción que fuere realizada el 11 de febrero del 2017.

Implica lo precedente que la convocada a juicio si cumplió con la obligación legal que le incumbía en lo tocante al pago de las cesantías, pues se encuentra plenamente acreditado que las mismas fueron consignadas dentro del término concedido por la ley ante el correspondiente Fondo de Cesantías.

Con todo, no pasa por alto la Sala que las cesantías del año 2016, en efecto fueron consignadas hasta el 11 de febrero del 2017, data para la cual ya había finalizado la relación laboral de la pasiva. Así pues, si bien es cierto que con ocasión de la terminación del vínculo laboral, la pasiva debió proceder a cancelar directamente a la demandante el monto de las cesantías con fundamento en lo reglado en el



artículo 99 de la ley 50 de 1990, también lo es que no se puede pasar por alto que el pago si fue realizado, mediante la mentada consignación, sin que sea dable desconocer el mismo y proceder a ordenar un doble pago por el mismo concepto, en tanto dicho monto puede ser retirado en cualquier momento por la demandante con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, según lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 102 de la ley 50 de 1990, el cual contempla:

“ARTÍCULO 102.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.”

Premisas de orden fáctico y jurídico, con fundamento en las cuales la Sala se abstiene de condenar a la demandada a pagar a la libelista el monto de las cesantías causadas durante el año 2016, por tanto, se confirmará la decisión absolutoria adoptada por el *a-quo*.

f. Del trabajo suplementario:

Otro de los puntos planteados en la alzada consiste en que la demandante, insiste en el reconocimiento y pago de las horas dominicales laboradas. Aspecto con relación al cual, es deber recordar que es criterio pacífico de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para que proceda la condena por concepto de horas extras, dominicales o festivos, es necesaria la demostración clara y precisa de los interregnos que asegura haber laborado de forma adicional a la jornada ordinaria, al punto que, *“en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”*, así se precisó en sentencia de la CSJ SL7578 del 17 de junio de 2015, que cita la de radicado 31637 del 15 de julio de 2008.

Por manera que procedió la Sala a efectuar un análisis concienzudo del acervo probatorio, observando que en el mismo, a más de los registros elaborados por la propia demandante y los testimonios de los señores *Eliana Patricia Vanegas, Ana Marcela Pinilla y Lorenzo Monroy Garzón* de cuyo dicho se desprende que la demandante laboraba los domingos y horas extra adicionales, mediante turnos,



no existe una sola prueba fehaciente que permita establecer con meridiana claridad cuales fueron los días efectivamente laborados por la demandante, ni mucho menos los horarios, lo que a todas luces impide que se fulmine condena alguna por trabajo suplementario o recargo en día dominical, como lo pretende el demandante.

g. De la sanción moratoria

Frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 CST.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias SL 10632 de 2014, SL 2958 de 2015, SL 8216 de 2016 y más recientemente en la sentencia SL 1682 de 2019.

En el caso hoy analizado la pasiva sostiene de forma enfática que obró de buena fe y que el incumplimiento en el pago de las acreencias laborales deviene de un problema económico derivado del incumplimiento en los pagos de las EPS a la IPS hoy demandada, por los servicios prestados por esta última. Situación efectivamente acreditada en el plenario, pues tanto la demandante como los testigos convocados al juicio fueron contestes en afirmar que la pasiva siempre explicó que la mora en el pago de las acreencias laborales devenía a consecuencia de la mora en los pagos por parte de la EPS, a más que se aportó soportes que dan cuenta de que la EPS Saludcoop le quedó adeudando la suma de \$25.951.033.078 tal como se puede observar en la Resolución No 1960 del 6 de marzo del 2017, a más de demostrar que a la fecha tiene sendos procesos ejecutivos por las obligaciones insolutas contraídas por las EPS Cruz Blanca y Cafesalud (CD Fl 200).



No obstante, la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha sido enfática en indicar que los problemas económicos de la demandada no resultan imputables a sus trabajadores acorde lo dispuesto en el artículo 28 del C.S.T, por manera que este simple supuesto de facto resulta insuficiente para dar por sentada la buena fe a efectos de obtener la absolución en el pago de la sanción moratoria. En tal sentido en sentencia SL 912 del 4 de diciembre del 2013, puntualizó:

“En el caso debatido surge que los argumentos que destacó el ad quem para no imponer la moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual por virtud del convenio con el trabajador estaba obligada a cumplir con lo pactado, y en todo caso actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para el empleado, al cual no le puede ser oponible la mera razón de tales problemas internos, y no puede ver afectadas sus garantías laborales por ello, menos cuando la propia legislación Sustantiva Laboral impone, en su artículo 28 que “el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”, de forma que siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo.”

En igual sentido en sentencia con Rad. 36182 del 27 de febrero del 2013, explicó:

“En todo caso, la Sala ha sostenido reiteradamente que la sola presencia de dificultades económicas, de liquidez, o de solvencia, no son situaciones que aparejen la exoneración forzosa de la sanción moratoria, de manera que la enunciación hecha por la censura refiriéndose a tales problemas no es suficiente para derruir la conclusión del Tribunal de no encontrar que la conducta de la empleadora estuviera revestida de buena cuando no pagó las prestaciones sociales entre la fecha de terminación del contrato y la de aprobación del acuerdo de reestructuración.

“Precisamente en fallo de 24 de abril de 2012, señaló:

“Además, la mala situación económica de la Empresa, ha dicho la jurisprudencia de la Sala, no es, por sí sola, indicativa de la buena fe del empleador, pues deben analizarse en cada caso las circunstancias que llevaron a éste a esa situación para determinar si estaba justificado o no su proceder, de donde era necesario que el censor, en este caso, entrara a demostrar dichas razones y no simplemente limitarse a aducir una mala situación económica”.

“Y de los argumentos desplegados por la censura no surge que se haya acreditado que las dificultades que atravesaba la empresa en el momento de



la terminación del contrato de trabajo, hicieran imposible el pago de las prestaciones sociales del trabajador.”

Por lo ya enunciado, se sigue que conforme la jurisprudencia sentada de tiempo atrás, por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, la iliquidez o grave situación económica que atravesase el empleador, por si misma resulta insuficiente para que se dé por acreditada la buena fe a efectos de obtener la absolución frente a la sanción moratoria. De suerte que los argumentos hoy traídos por la pasiva resultan insuficientes para demostrar la buena fe, máxime cuando no se acreditó que la situación financiera de la demandada impidiera tajantemente el cumplimiento de las obligaciones laborales existentes a favor de la demandante. Argumentos por los cuales la Sala comparte la decisión adoptada en primera instancia frente a este punto.

Finalmente, en lo que respecta a los días por los cuales se debió disponer el pago de la sanción moratoria, se tiene que según lo establece el artículo 65 del C.S.T, la misma corresponde a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales y salarios, contados estos desde la data de culminación de la relación laboral.

En este orden de ideas, al finalizar la relación contractual el 30 de enero del 2017 y haber cancelado la pasiva la liquidación final de prestaciones sociales hasta el 27 de agosto del 2018, tal como se puede corroborar con la consignación de folio 257 con la cual se cubre la totalidad de los valores adeudados a la demandante a la finalización de la relación laboral por cuantía de \$6.854.228, en la medida en que no se acreditó en el plenario que existiera otra prestación social o salario insoluto a la fecca, es dable inferir que la pasiva debe cancelar por tal rubro, tan solo 567 días de salario equivalentes a \$46.681,110, como lo indicó la falladora de primera instancia.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:



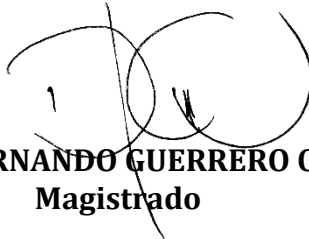
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

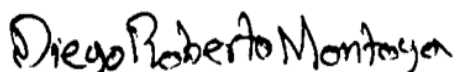
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre del 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

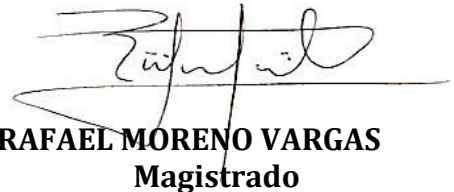
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 27 201700706 01
Demandante: AMERICA YOLANDA POSADA GRANADOS
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO:

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor *Andrés Zahir Carrillo Trujillo* identificada con C.C No 1.082.915.789 y T.P 267.746 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

Así mismo, con fundamento en el poder allegado por *Skandia*, se reconoce personería adjetiva para actuar en su representación a la profesional del derecho Doctora *Sandra Viviana Fonseca Correa*, identificada con C.C No 53.177.012 y T.P No 169.079 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones y Porvenir S.A* contra la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *América Yolanda Posada Granados*, formuló demanda contra *Porvenir S.A* y *Old Mutual S.A*, a efectos que se declare nulo e ineficaz el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia se declare como única afiliación válida la de *Colpensiones*, se ordene retrotraer los defectos de la afiliación, y en tal sentir trasladar a *Colpensiones* la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado, el pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 31 de marzo de 1952 y desde el inicio de su vida laboral perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En diciembre de 1997 se trasladó a *Colpatria*, hoy *Porvenir S.A*, cuando contaba con 474 semanas de cotización en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y posteriormente, presentó traslado a *Old Mutual S.A*, en donde permaneció desde noviembre de 1998 a octubre del 2003, última anualidad en la que regresa a *Porvenir S.A*, expresando que a la fecha en que realizó ambas afiliaciones no recibió ninguna afiliación que le permitiera evaluar las condiciones pensionales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no se puede declarar la nulidad, toda vez que en virtud de las pruebas aportadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al fondo de pensiones y cesantías *Porvenir S.A*.



Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Por su parte *Old Mutual S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra refiriendo, que el acto jurídico celebrado con el demandante cumple con todos los requisitos legales y carece de cualquier tipo de nulidad relativa o absoluta.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

De otra parte, *Porvenir S.A* en su escrito de contestación aduce que la afiliación de la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y con la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia los demás efectuados a las diferentes administradoras; condenó a *Porvenir S.A* a devolver a *Colpensiones* todos los aportes recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; ordenó a *Colpensiones* a afiliarse nuevamente a la demandante al Régimen de



Prima Media con Prestación Definida provenientes de *Porvenir S.A*; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión manifestó que, como premisas jurisprudenciales, se debían tener en cuenta las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Radicaciones Nos. 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 del 3 de septiembre 2014, SL17595 del 18 de octubre de 2017, SL19447 de 2017, SL1452 del 3 de abril de 2019, SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL1688 del 8 de mayo 2019.

Aduce que las sociedades administradoras de fondos de pensiones no cumplieron con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, por tanto, se dan los presupuestos señalados en la línea jurisprudencial para declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, *Porvenir S.A* interpone recurso de apelación en el que en suma indica que se evidencia que el traslado acaecido en el año 1997 no estuvo viciado de nulidad, toda vez que la AFP brindó la correcta asesoría y para dicha fecha no existía obligación legal de dejar constancia escrita de la información suministrada.

Por otro lado, que la voluntad de permanencia puede ser confirmada mediante la cantidad de semanas cotizadas por la demandante, así como los traslados realizados entre las AFP, ello pese a que la demandante tuvo la oportunidad de retornar oportunamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que no allega la demandante prueba de la nulidad que alega, siendo su obligación conforme lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P, y por ello, cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que en términos del artículo 1509 del C.C, no tiene



alcance para viciar el consentimiento. Asimismo, que la Ley 979 del 2003, establece que quienes administran los regímenes pensionales están autorizadas para descontar el 3% de los gastos de administración. También respecto a las sumas adicionales, estas las estableció la Ley 100 de 1993 para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Por su parte *Colpensiones* aduce que no es ineficaz el traslado pues este fue hecho por la demandante de forma libre y voluntaria, sin ningún tipo de presiones, y se sujetó a la garantía de escoger el régimen. Además, que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, inicialmente debe acotarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones,



consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

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



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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*



consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a concretarse o si se es o no beneficiario del



régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación de 1997 a *Colpatria* hoy *Porvenir S.A* (Fl 132), del 11 de septiembre de 1998 a *Old Mutual Pensiones y Cesantías* (Fl. 130) y del 30 de septiembre de 2003 a *Porvenir S.A*, en los que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni se aportó prueba alguna que acredite el cumplimiento del referido deber, pues se limitó a indicar que el asesor al momento de trasladarse le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a terminar y que con *Colpatria* podría obtener una mejor pensión; precisó que los traslados horizontales los realizó atendiendo a que cada fondo le ofrecía una mejor tasa de interés.

En ese orden de ideas la AFP no acreditó fehacientemente el cumplimiento del deber de información, motivo por el cual le asiste razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.



En lo atinente a la devolución de los gastos de administración a los que alude *Porvenir S.A*, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

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



Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus



frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:

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

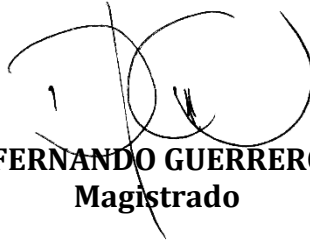
RESUELVE:



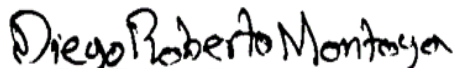
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

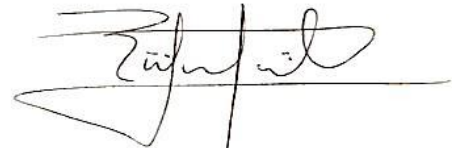
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 110013105028 **2018 00429 01**
Demandante: JOHANNA BLEDRSEFT GÓMEZ
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en su representación a la profesional del derecho *Lida del Pilar Mateus Cifuentes* identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.288 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Old Mutual S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Johanna Bledgrseft Gómez* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, *Old Mutual S.A* y *Colfondos S.A* efectos de que se declare la nulidad o ineficacia de la vinculación y/o afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada el 10 de julio de 1995 a *Colfondos S.A* y al *Old Mutual* del 7 de septiembre de 1999; en consecuencia se condene a las demandadas a trasladar los aportes, rendimientos, bonos pensionales y comisiones que se encuentren en la cuanta de ahorro individual; condenar a *Colpensiones* a actualizar la historia laboral de la demandante; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 10 de agosto de 1996 y laboró para ICO PINTURAS S.A del 5 de octubre de 1989 al 24 de enero de 1991, cotizando al *Instituto Seguros Sociales*, como consta en la historia laboral. Que el 10 de julio de 1995 suscribió el formulario de afiliación a *Colfondos S.A*, a efectos de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no obstante la AFP no cumplió con el deber de brindar la información a la que alude el Decreto 656 de 1994, tampoco le brindó la información suficiente, ni le explicó las desventajas del traslado.

Asimismo, refiere que el 7 de septiembre de 1999 firmó el formulario de afiliación a *Old Mutual*, pero este tampoco le brindó la debida información atinente a las consecuencias del traslado, por tanto no fue sino hasta el 1º de abril de 2014, esto es, cuando ya no tenía posibilidades de trasladarse de régimen, que la AFP le presentó un análisis de su situación pensional, por tanto el 13 de octubre del 2107 solicitó la nulidad del traslado a *Old Mutual*, *Colfondos S.A* y *Colpensiones*, pero estas no accedieron a su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Old Mutual operó la *litis constestatio*, en la que se opuso a las pretensiones aduciendo que el traslado inicial no fue realizado a dicha entidad sino a otra AFP, y en todo caso, la demandante no allega prueba alguna que acrediten las razones de hecho que sustentan la nulidad alegada.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Por su parte, *Colpensiones* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto el origen de la acción a su juicio no son los vicios del consentimiento, sino la inconformidad frente a la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen.



Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de origen público, buena fe y la genérica.

De otra parte, *Colfondos* se opone a las pretensiones aduciendo que la determinación de la demandante fue libre, voluntaria, consiente y debidamente informada.

Formulando como excepciones de mérito, las que denominó válidas de la afiliación con *Colfondos S.A.*, inexistencia de la obligación en cabeza de *Colfondos S.A.*, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 6 de diciembre de 2019 declaró la nulidad del traslado de régimen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 10 de julio de 1995, en consecuencia se declara como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a *Colfondos S.A.* a trasladar los aportes, cotizaciones y bonos pensionales a *Colpensiones*, sin deducción de intereses y gastos de administración, condenó a *Colpensiones* a activar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Como sustento de su decisión manifestó que la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos ha precisado que es obligación de las AFP, acreditar que brindaron a los afiliados la información correspondiente sobre las consecuencias del traslado y las diferencias existentes entre ambos regímenes a efectos de que pueda determinar la que más le conviene e incluso, desincentivar el traslado de no convenirle al afiliado.

Que en el plenario no hay prueba de que se le haya suministrado a la demandante las ventajas y desventajas del traslado, precisando que si bien obran los



formularios de afiliación este no es un medio idóneo para acreditar que se brindó la correspondiente información, motivo que impelía a declarar la ineficacia del traslado con el consecuente traslado de aportes y demás emolumentos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, *Old Mutual S.A* presenta recurso de apelación solicitando revocar la sentencia en el acápite que ordenó descontar los gastos de administración, aduciendo para el efecto que la demandante se trasladó desde 1995 y durante todos los años de afiliación la AFP ha realizado una labor profesional de administración de los recursos, lo cual implicó una serie de rendimientos que se ordenaron trasladar a *Colpensiones*, luego independientemente del régimen, los gastos de administración serían descontados de los aportes realizados, máxime que siempre ha actuado de buena fe y sin el conocimiento de la eventual nulidad que venía de la cadena de traslados; además, durante todo el tiempo de la afiliación la demandante ha estado amparada por los riesgos de invalidez y muerte.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico

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

c. Del caso en concreto

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,



establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la



información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Colfondos* del 10 de julio de 1995 (Fl 331) y a *Pensionar*, hoy *Old Mutual S.A* del 7 de septiembre de 1999(Fl.188) , en los que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro*



tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, lo único que indica es que la citaron a una reunión en la cual le dijeron que era mejor pasarse a un fondo privado y que *Colpensiones* no podría sustentar las pensiones de los afiliados, por lo que después les presentaron los formularios de afiliación para que se procediera a su diligenciamiento.

En ese orden de ideas, no se avizora medio de convicción alguno que acredite el cabal cumplimiento del deber de información, carga probatoria que, se reitera esta en cabeza de la parte demandada.

Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado las AFP frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

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

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

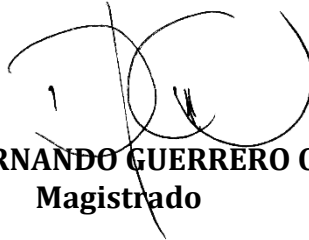


PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE sentencia proferida el 6 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

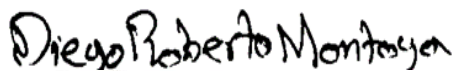
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 110013105029 201700635 01
Demandante: JULIO ALBERTO SANCHEZ VEGA
Demandado: COLPENSIONES Y PROVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Lida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, respecto de la sentencia proferida el 6 de diciembre del 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Julio Alberto Sánchez Vega* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A* y *Colpensiones* a efectos que se declare la nulidad de la ineficacia del traslado efectuada el 8 de febrero del 2000 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En consecuencia, se condene y ordene a *Porvenir S.A* a autorizar y efectuar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, ordenar a dicha entidad admitir el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a *Porvenir S.A* a trasladar los dineros



depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con todos sus rendimientos, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació en Garagoa el 24 de agosto de 1949; el 8 de febrero del 2000 se trasladó a *Porvenir S.A*, precisando que el motivo del traslado lo fue con ocasión a que la asesora de la AFP le informó que el *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar y por tanto no habría quien respondiera por su pensión, asimismo que el capital que debía reunir para pensionarse con la AFP, era muy inferior a los aportes que debía realizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin verificar una proyección pensional ni informarle de las modalidades pensionales y que no podría trasladarse de régimen cuando le faltaran menos de 10 años para pensionarse.

Precisa que solicitó trasladarse de régimen e incluso presentó queja ante la Superintendencia Financiera, no obstante *Porvenir S.A* mediante comunicación del 6 de marzo del 2017, le indicó que debido a que no cumplía con los requisitos legales establecidos en la sentencia C-789 del 2002 y C-1024 del 2004, no sería posible efectuar el traslado de régimen. En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia Financiera con escrito del 17 de abril del 2017 y que a la fecha no recibe pensión de vejez.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado a la *AFP Provenir S.A*.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica.

Por su parte, *Porvenir S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la afiliación a la AFP es un acto válido que fue suscrito de forma libre y voluntaria, además que el demandante se encuentra disfrutando de la pensión de vejez por parte



de *Seguros de Vida Alfa S.A* y que *La Nación - Ministerio De Hacienda* emitió el correspondiente bono tipo A.

Formuló como excepción previa la falta de integración del litis consorcio necesario respecto de *La Nación- Ministerio de Hacienda* y *Seguros de Vida Alfa S.A* y propuso como medios exceptivos de fondo los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Con auto del 12 de julio del 2018, ordena la vinculación de *La Nación- Ministerio de Hacienda* y *Crédito Público* y *Seguros de Vida Alfa S.A*.

La Nación- Ministerio de Hacienda y *Crédito Público* se opuso a las pretensiones, por ser totalmente improcedentes respecto de dicha entidad. Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad, improcedencia de la nulidad o ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, buena fe, prescripción y la genérica.

Por su parte, *Seguros de Vida Alfa S.A* se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que si bien no se dirige en su contra, la nulidad de la vinculación del actor con la AFP *Porvenir S.A*, traería como consecuencia la afectación del contrato irrevocable de renta vitalicia inmediata celebrado con *Porvenir S.A*, el cual fue contratado con fundamento en la autorización otorgada por el demandante.

Propuso como medios exceptivos de mérito los que denominó falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación, buena fe *Seguros de Vida Alfa S.A*, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a la litis consorciada, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 6 de diciembre del 2019 absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.



Como sustento de su decisión, indicó que no hay lugar a declarar la ineficacia o la nulidad por cuanto el demandante verificó actos que ratificaban su consentimiento, en cuanto solicitó la pensión anticipada de vejez del 16 de noviembre del 2007, lo que quiere decir que el demandante conocía que podía pensionarse de forma anticipada y actualmente disfruta de la pensión de renta vitalicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión el demandante presenta recurso de apelación aduciendo que las consignaciones realizadas por la empresa *Seguros de Vida Alfa S.A* desde el año 2017, se hicieron en una cuenta embargada de la cual jamás tuvo conocimiento el demandante, por tanto desconocía su calidad de pensionado, luego tal estatus es debatido atendiendo a que no existe prueba de las comunicaciones remitidas.

De otra parte, si bien es cierto que el demandante desde el año 2012 intentó acceder a la pensión, dicha situación fue lo que le permitió evidenciar el perjuicio irrogado, y la calidad de pensionado, si bien puede tener una diferenciación, lo cierto es que no desconoce las consecuencias del incumplimiento del deber de información, máxime que se presentó un error de hecho respecto del acto de traslado, lo cual vicia el consentimiento.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:



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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información



necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



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

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

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

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

Ahora bien, una vez determinado lo anterior, se debe señalar que en el presente evento se presentan como particulares que (i) el actor se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con desde el 7 de abril de 1978 según la historia laboral aportada el plenario (Fls 66-68); (ii) no obstante, mediante formulario de afiliación del 28 de febrero del 2000 se trasladó a *Porvenir S.A (Fl 106)*; (iii) que para la fecha del traslado contaba con una densidad de 159,86 semanas cotizadas a *Colpensiones (Fl 66)*; (iv) mediante oficio del 16 de noviembre del 2007 el demandante solicitó el estudio de la pensión anticipada de vejez (Fl 110); (v) con oficio del 26 de noviembre del 2007 la AFP deniega la solicitud pensional (Fl. 111); (vi) el 25 de mayo del 2012 el demandante presenta una nueva reclamación pensional, diligenciando los correspondientes formularios, autorizando para que se cotice la póliza de renta vitalicia y solicitando que la pensión le sea consignada en la cuenta No 4842000 2726-1 del Banco Agrario,



refiriendo ser el titular de la misma (Fl 112-116), allegando para el efecto una certificación bancaria (Fl 117) e igualmente concede la autorización de trámite del correspondiente bono pensional ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fl 118-119); (v) de cara a lo indicado con oficio No 517 se le informa al demandante que su pensión de vejez fue aprobada el 13 de marzo del 2017, comunicación remitida a la última dirección de notificación (Fl 134-135) establecida por el demandante en el formulario de solicitud de la pensión de vejez (Fl 114), esto es, calle 28 No 33-12 Apt 101 e igualmente se corrobora que las mesadas pensionales se han venido consignado en la cuenta del Banco Agrario suministrada por el demandante (Fls 169-177).

En ese orden de ideas, se evidencia que en principio la parte demandada, en quien recae la carga probatoria, no acreditó haber cumplido el deber de información frente al impacto pensional del traslado de régimen a la fecha del traslado, en los términos señalando en los diversos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, la Sala debe analizar dentro de las particularidades del presente evento, la pérdida de la calidad de afiliado frente al reconocimiento pensional.

Condición de afiliado y pensionado:

Inicialmente debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

Ahora bien, el accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por *Porvenir S.A.*, dejó de ostentar la calidad de afiliado, para consolidarse en su favor la



condición de *pensionado* por vejez en los términos y modalidad seleccionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se debe señalar que las calidades de *afiliado* y *pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado “*no haya adquirido la calidad de pensionado*”, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

En ese orden de ideas, estima la Sala en este evento que el hecho de haber solicitado y aceptado la pensión de vejez en la modalidad de renta vitalicia, la cual viene siendo cancelada en la cuenta establecida por el propio libelista en la solicitud pensional y cuyo derecho le fue notificado en la dirección de domicilio suministrada por el propio demandante, quien se constata en el plenario, petitionó en dos ocasiones el reconocimiento de la pensión de vejez, en efecto demuestra su intención de mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, perdiendo además la calidad de afiliado.

Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de personas que habían adquirido el derecho pensional, contienen supuestos fácticos diferentes del presente evento. En efecto, en la sentencia con Radicación No. 31314, del 9 de septiembre de dos 2008, trató el caso de un pensionado quien se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando tenía más de 62 años de edad, y había laborado un tiempo superior a 19 años como servidor oficial, perdiendo además el régimen de transición, sufragando sólo 92 para la AFP con posterioridad al traslado. En efecto, en dicha providencia se señala:



“Esos datos atinentes a la edad del accionante, nacido en octubre de 1934 y al tiempo de servicios desarrollado en el sector oficial, por 19 años y 6 meses, los suministró el accionante al Fondo de Pensiones demandado, según se lee en los formularios de folios 14 y 20 del expediente, es decir, que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.”

En el presente evento se evidencia que no existía prohibición de trasado de regímenes, en tanto la Ley 100 de 1993, en su versión original la permitía cada tres (3) años, y además en el precedente jurisprudencial las semanas cotizadas a la AFP son exiguas frente al tiempo de servicio que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual dista del supuesto fáctico de la precitada providencia.

De igual manera, la SL CSJ en sentencia Radicación No. 31989, del 9 de septiembre de 2008, también se analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el RAIS, señalando que *“es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, **de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media**, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención”*, supuesto fáctico que también es disímil del presente evento, pues se reitera, el accionante no había consolidado su derecho a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En ese orden de ideas, estima la Sala que, en el presente evento la acción no está encaminada por un afiliado, sino por quien ya alcanzó el derecho pensional, verificándose el traslado cuando no existía una prohibición legal ni una evidente expectativa pensional consolidada o próxima a consolidarse, como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión y haber incluso mediando su consentimiento al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales con la aseguradora, se tiene que adquirió el estatus de pensionado e incluso se viene beneficiando de la pensión, lo cual no se desnaturaliza por el hecho de tener su cuenta bancaria embargada, lo cual no puede ser en manera alguna oponible a la AFP.



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

VI. DECISIÓN

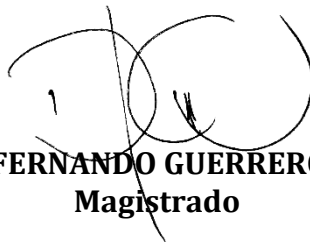
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de diciembre del 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

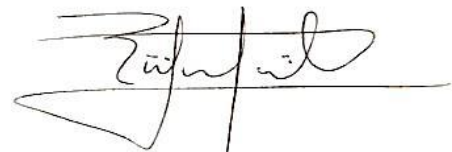
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 30 201900003 01
Demandante: LESTER ANÍBAL GÁLVEZ ROBALO
Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
 NACIONALES DE COLOMBIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación presentado por la demandada y a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de febrero del 2020, al ser condenada la entidad accionada y fungir La Nación como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Lester Aníbal Gálvez Robayo* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que laboró para *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* del 1° de septiembre de 1960 hasta el 6 de marzo de 1972 y para la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá* del 16 de diciembre de 1971 al 21 de septiembre de 1980; en consecuencia se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 7° del Decreto No. 895 del 3 de abril de 1991 modificado por el artículo 3° del Decreto No. 1651 de junio 27 de 1991 en cuantía de \$163.818,50 M/Cte. a partir del 9 de noviembre de 1988, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en los últimos seis (6) meses; a la indexación de la primera mesada pensional, los intereses moratorios, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



Subsidiariamente solicita el pago de la pensión sanción prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 en concordancia con el artículo 267 del C.S.T, la indexación de la primera mesada pensional y los intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 9 de noviembre de 1943 y laboró al servicio de *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* del 1° de septiembre de 1960 al 5 de marzo de 1972, entidad que no realizó cotización alguna asumiendo el riesgo de la pensión de jubilación.

Igualmente relata que prestó sus servicios a la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá* desde el 16 de diciembre de 1971 hasta el 21 de septiembre de 1980, sin que durante dicho interregno se realizaran aportes a pensión.

Refiere que el 29 de enero de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, pero la misma le fue denegada mediante Resolución No. 0622 del 26 de abril del 2018, frente a lo cual el 8 de mayo del 2018 interpuso recurso de reposición, siendo desatado de manera desfavorable mediante la Resolución No. 0622 del 18 de abril de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada *Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, aceptó la relación laboral y sus extremos, pero se opuso al reconocimiento y pago de la pensión anhelada, aduciendo que el actor no cumple con los requisitos necesarios.

Propuso y sustentó como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario y como de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de legitimación en la causa por pasiva y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 24 de febrero del 2020, resolvió condenar al *Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia* a reconocer la pensión de jubilación señalada en el parágrafo del artículo 7°



del Decreto No. 895 del 3 de abril de 1991, modificado por el Decreto No. 1651 del 27 de junio de 1991, en cuantía inicial de \$41.603 a partir del 9 de noviembre de 1988, además de las mesadas ordinarias y adicionales correspondientes a 14 mesadas; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas del 9 de noviembre de 1988 al 29 de enero de 2015 y condenó a la pasiva al pago del retroactivo en cuantía de \$75.273.521, quedando la mesada para el año 2020 en cuantía de \$1.206.816 y condenó a la pasiva al pago de las costas procesales.

Para tal efecto señaló que si bien el actor no acredita los requisitos del artículo 7° del Decreto 895 de 1991, si se ajusta a lo referido en el parágrafo de la misma normativa, en cuanto reza que también tendrán derecho a la pensión los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) o más años de servicios en el sector oficial, 10 de los cuales deben ser en la empresa proyectados hasta el 17 de julio de 1992 y que tengan más de 50 años. Presupuesto que cumple el demandante teniendo en cuenta el tiempo laborado para *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* y para la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá*.

Refirió que conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia 17559 del 27 de mayo del 2002, la pensión que se reclama en lo único que se modificó es en lo tocante a la edad, que debe cumplirse antes del año 1992, sin que sea necesario que el trabajador se encuentre vinculado con la entidad para acceder a dicho beneficio.

Por lo anterior condenó el reconocimiento y pago de la pensión, la cual es liquidada teniendo en cuenta el certificado visible a folio 50 y con apoyo del grupo liquidador, militando en el proceso la respectiva liquidación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que si bien es cierto el actor laboró para *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, también lo es que también laboró para la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá*, y por lo tanto, es dicha entidad la que debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente ordenar a la demandada a reconocer y pagar al actor la pensión contemplada en el Decreto 895 de 1991.

c. Pensión de Jubilación:

Solicita el demandante el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación contemplada en el Decreto 891 del 3 de abril de 1991, mediante el cual se establecieron modificaciones en el régimen de pensiones e indemnizaciones para la *Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia En Liquidación*.

Contemplando en el artículo 7° de la precitada disposición, que fuere posteriormente modificada por el artículo 3° del Decreto 1651 de 1991, lo que se cita de manera textual:

“La pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 7° del Decreto extraordinario 895 de 1995, quedará así:

- a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.*
- b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.*
- c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.*
- d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.*
- e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.*
- f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.*



g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.

h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.

i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.

j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.

k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

“El empleado que se pensione acogido a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

“PARÁGRAFO. *Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años.”*

Ahora bien, igualmente debe resaltar la Sala que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiterados pronunciamientos judiciales, ha sido clara y enfática en aludir que la mentada pensión fue contemplada a favor de los trabajadores que se encontraban vinculados para la pasiva para la fecha en que se dio la liquidación de la misma, siendo indispensable que los requisitos aludidos en la normativa en cita se hayan acreditado dentro de dicho periodo de tiempo. Es así como en sentencia SL 39444 del 2012, la Corporación de cierre de esta jurisdicción, expresó:

*“(…) Pues bien, examinados los antecedentes legales y las normas en cuestión, en sentir de la Corte resulta atinado el criterio sentado por el ad- quem en el presente caso. **En efecto, desde el punto de vista puramente textual no se remite a duda que las pensiones que contempla el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 del mismo año, se concedieron para los trabajadores vinculados al servicio de los Ferrocarriles por las épocas de su liquidación, los cuales debían reunir los requisitos exigidos en ese periodo.** Así se desprende del inciso 1 del artículo 7, **en concordancia con el parágrafo del mismo canon,** y ello no se alteró a raíz de la reforma introducida por el artículo 3, precepto que únicamente varió los porcentajes correspondientes a la pensión y redujo la edad exigida para la jubilación prevista en el parágrafo.*

“Pero adicionalmente esta conclusión se abona al advertir que los Decretos 895 y 1651 de 1991 se expidieron para facilitar la liquidación de la empresa Ferrocarriles Nacionales, según lo expresó textualmente el



legislador en la Ley 50 de 1990, artículo 112, es decir, con un sentido netamente provisorio, tendiente a solucionar una problemática específica a muy corto plazo y resultaría contrario a esta finalidad que, para tiempos posteriores a la liquidación de la empresa quedaran pendientes a su cargo expectativas o situaciones jurídicas sin definición. Además, el régimen contemplado en los decretos otorgó unos privilegios jubilatorios especiales y excepcionales a raíz de un evento también extraordinario, que superaban por mucho las previsiones aplicables al conjunto de servidores públicos, de forma que las exigencias y requisitos establecidos para adquirir los derechos deben interpretarse atendida la finalidad del sistema". (Negrillas fuera de texto)

Postura que se ha mantenido en nuestro máximo órgano de cierre, tal como se puede corroborar en la sentencia SL-1343 del 2018, en la que se puede leer:

*"Precisada esa cuestión, debe advertir la Sala que ninguna transgresión incurrió el Tribunal al negar el derecho deprecado, pues entendiéndose que con su silencio avaló lo dicho por el juzgado en primera instancia, en punto a que **el D. 895/91, con la modificación del 1651 de igual año, era aplicable «[...] para los trabajadores vinculados al servicio de los Ferrocarriles por las épocas de su liquidación», de manera que el actor no podía beneficiarse de sus prerrogativas en tanto «[...] su vínculo con la demandada feneció con anterioridad a la liquidación»,** ello resulta ser un criterio que se ajusta a lo que inveteradamente ha sostenido la Corte al determinar el alcance de aquellas normativas, en el sentido de que los requisitos para hacerse acreedor de los derechos allí contemplados, debieron cumplirse **durante la época de la liquidación**, según quedó precisado en sentencia CSJ SL, 22 feb. 2001, rad. 15281, reiterada entre otras, en decisiones CSJ SL, 7 feb. 2012, rad. 35565 y SL1525-2014; la primera esbozó:*

*"1) El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el artículo 8 de la Ley 21 de 1988, **dispuso la liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante el Decreto 1586 de 1989, vigente a partir del 18 de julio de 1989,** y ordenó que los respectivos trámites tendrían una duración máxima de 3 años, de forma que el proceso liquidatorio debió culminar a más tardar el 18 de julio de 1992.*

"Igualmente, en desarrollo de dichas facultades, por Decreto 1590 de 1989, el Presidente estableció un régimen especial de pensiones e indemnizaciones para la empresa en liquidación.

"Posteriormente, la Ley 50 de 1990, en su artículo 112, revistió de nuevo al Presidente de la República de facultades extraordinarias, para modificar o adicionar las normas de la Ley 21 de 1988 y de los referidos Decretos 1586 y 1590 de 1989, en lo relativo a los regímenes de pensiones, terminación de relaciones laborales, e indemnización de contratos de trabajo de Ferrocarriles Nacionales, con el propósito de facilitar el proceso de liquidación de la empresa, para lo cual el legislador especificó que el gobierno podría ampliar el régimen especial de pensiones de jubilación, manteniendo criterios de proporcionalidad en relación con los requisitos exigidos para la pensión plena e, igualmente, podría establecer un régimen



indemnizatorio superior al legal o convencional previsto para los trabajadores oficiales, a fin de promover su desvinculación.

“En desarrollo de estas facultades, el Presidente expidió los Decretos 895 de abril 3 de 1991 y 1651 de junio 27 de igual año. El artículo 7 del primero estableció una pensión especial de jubilación, sin consideración a la edad, para los empleados oficiales que a la fecha de vigencia del decreto o durante el término de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia tuvieren quince o más años de servicio en la empresa. Y en el parágrafo dispuso:

*“Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicio continuos o discontinuos en el sector oficial, diez (10) de los cuales por lo menos en la empresa, **proyectados hasta el 17 de julio de 1992**, y tengan una edad superior a cincuenta (50) años”.*

“Luego, el aludido Decreto 1651 de 1991, en su artículo 3, aumentó la cuantía de la pensión y modificó el parágrafo transcrito así:

*“Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez (10) de los cuales por lo menos en la Empresa, **proyectados hasta el 17 de julio de 1992**, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años”.*

[...]

*“III.) Pues bien, examinados los antecedentes legales y las normas en cuestión, en sentir de la Corte resulta atinado el criterio sentado por el adquem en el presente caso. En efecto, desde el punto de vista puramente textual no se remite a duda que las pensiones que contempla el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 del mismo año, **se concedieron para los trabajadores vinculados al servicio de los Ferrocarriles por las épocas de su liquidación, los cuales debían reunir los requisitos exigidos en ese periodo. Así se desprende del inciso 1 del artículo 7, en concordancia con el parágrafo del mismo canon, y ello no se alteró a raíz de la reforma introducida por el artículo 3, precepto que únicamente varió los porcentajes correspondientes a la pensión y redujo la edad exigida para la jubilación prevista en el parágrafo.***

Pero adicionalmente esta conclusión se abona al advertir que los Decretos 895 y 1651 de 1991 se expidieron para facilitar la liquidación de la empresa Ferrocarriles Nacionales, según lo expresó textualmente el legislador en la Ley 50 de 1990, artículo 112, es decir, con un sentido netamente provisorio, tendiente a solucionar una problemática específica a muy corto plazo y resultaría contrario a esta finalidad que, para tiempos posteriores a la liquidación de la empresa quedaran pendientes a su cargo expectativas o situaciones jurídicas sin definición. Además, el régimen contemplado en los decretos otorgó unos privilegios jubilatorios especiales y excepcionales a raíz de un evento también extraordinario, que superaban por mucho las previsiones aplicables al conjunto de servidores públicos, de forma que las



exigencias y requisitos establecidos para adquirir los derechos deben interpretarse atendida la finalidad del sistema (destaca la Corte)."

Realizadas las anteriores precisiones, al analizar el caso puesto a consideración de esta Sala se corrobora que el demandante laboró para el extinto *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* por el periodo comprendido del 1° de septiembre de 1960 al 5 de marzo de 1972, con interrupciones laborales del 1° de noviembre de 1965 al 30 de diciembre de 1965, del 1° de julio de 1969 al 3 de julio de 1969, del 5 de enero de 1969 al 30 y del 1° de febrero al 5 de marzo de 1969; para un total de 11 años, 2 meses y un día (Fl 6); lo que de entrada nos lleva a colegir que no solo no cumple con los 15 años de servicios aludidos en la norma como lo coligió el fallador de primera instancia y por lo que este aplicó el parágrafo 3° del Decreto 1651 de 1991.

Sino adicionalmente, que no sería dable ni si quiera acceder al derecho pensional anhelado en los términos previstos en el parágrafo 3° del Decreto 1651 de 1991, por cuanto el demandante no trabajaba para la *Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, para la calenda de la liquidación, en tanto esta se dio mediante el Decreto 1586 de 1989, vigente a partir del 18 de julio de 1989, data para la cual el promotor ya no laboraba en la entidad, como quiera que el vínculo laboral, se itera, feneció el 5 de marzo de 1972.

De cara a lo indicado, emerge ineludible para esta Corporación proceder a revocar la sentencia objeto de análisis, para en su lugar, absolver a la pasiva del reconocimiento y pago de la pensión especial de jubilación.

d. Pensión Sanción

Ahora como quiera que el demandante de forma subsidiaria reclama el reconocimiento y pago de la pensión sanción prevista en el artículo 8° de la ley 171 de 1961, procede la Sala a pronunciarse sobre la viabilidad de conceder la misma. Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL898-2019, Radicación No. 61133 del 20 de marzo de 2019 señaló:



“En el presente asunto, tal como se lee en el escrito inaugural, el demandante elevó sus reclamaciones en forma principal y subsidiaria, siendo acogidas por el a quo las primeras de ellas, esto es, las pretensiones invocadas como principales, las que hacían alusión al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, dada su condición de beneficiario del régimen de transición, situación que a todas luces lo relevaba de realizar pronunciamiento alguno respecto de las pretendidas en forma subsidiaria.

[...]

“Contra la sentencia de primera instancia tanto el demandante como la entidad accionada interpusieron recurso de apelación, saliendo avante el de esta última que aspiraba a la revocatoria total de la sentencia, lo que conllevaba emprender el estudio de las pretensiones subsidiarias como lo refirió el Tribunal; no obstante, el yerro de esa Colegiatura fue haber devuelto el expediente a la primera instancia para que realizara tal pronunciamiento, «con el fin no de no vulnerar el principio de la doble instancia», pues ese no era el proceder, en este caso era el Juez de Segunda Instancia quien debía pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda frente a las cuales el a quo no se pronunció”.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, reza que tendrán derecho a la misma:

“(i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad”

(ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y

“(iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad”.

En punto de lo anterior, la Sala determinará si el actor cumplió con los requisitos de alguna de las situaciones antes mencionadas, siendo del caso indicar que en el *sub-examine* aun cuando se encuentra plenamente acreditado que el actor laboró por espacio de más de 10 años y menos de 15, no existe evidencia alguna que dé cuenta de que la terminación del contrato laboral acaeció por un despido injusto, *a contrario sensu*, se corrobora que la finalización de la relación laboral lo fue por la renuncia del demandante, por tanto, resulta imposible acceder a esta pretensión subsidiaria.



Así las cosas, se declarará probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, relevándose esta Corporación de los demás medios exceptivos, dadas las resultas de la alzada.

Deviene de lo enunciado la revocatoria integral del fallo emitido en primera instancia, para en su lugar absolver a la convocada a juicio de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera correrán a cargo del demandante.

V. DECISIÓN

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

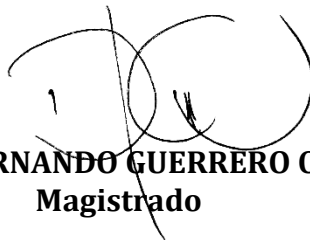
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, para en su lugar absolver a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

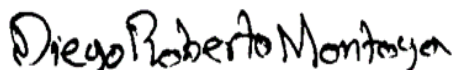
SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de inexistencia de la obligación, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos acorde a lo expuesto en la parte motiva de la siguiente decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera correrán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 110013105030 201800518 01
Demandante: NOHORA PATRICIA PEÑA SARMIENTO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho, *Lida del Pilar Mateus Cifuenes* identificado con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A y Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 22 de enero del 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Nohora Patricia Peña Sarmiento* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A* a efectos que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de abril de 1996, en consecuencia se ordene a *Porvenir S.A*, a retornar a la demandante, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y rendimientos causados.

En consecuencia, se ordene a *Colpensiones* a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y mantenerla como afiliada desde el 4 de abril de 1985, sin solución de continuidad, se condene a las



demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, así como aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 16 de abril de 1961 y laboró para los empleadores GIMN DEL CORAZON DE MARIA, UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA, COLEGIO BILIGÜE CELMORT, COLEGIO REFOUS, SALVAT EDITORES S.A y EL COLEGIO THOMAS JEFFERSON LTDA.; que para el año 1996 cuando se encontraba en el JARDIN BOTANICO JOSE CELESTINO MUTIS, cuando le ofrecieron trasladarse a la AFP *Horizonte*, hoy AFP *Porvenir S.A*, presentándole el nuevo régimen pensional, recibiendo un acoso sistemático por parte de los promotores, ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin explicarle sobre la pérdida de los beneficios adquiridos.

Refiere que el 18 de julio del 2018 radicó derecho de petición ante la AFP *Porvenir S.A* solicitando el retorno al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual fue despachado desfavorablemente el 19 de julio de la misma anualidad. Igualmente, el 18 de julio del 2018 presentó derecho de petición ante *Colpensiones* solicitando la declaratoria de nulidad, la cual, igualmente fue despachada desfavorablemente por la entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que en el expediente obran medios de prueba documentales suficientes que conllevan a establecer que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de forma libre y voluntaria.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la genérica.

Por su parte, *Porvenir S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el traslado fue efectuado teniendo en cuenta la legislación vigente para la fecha de afiliación.



Formuló como medios exceptivos de fondo los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento, debida asesoría de fondo y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 22 de enero de 2020 declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la declaró válidamente vinculada a *Colpensiones*, condenó a *la AFP Porvenir S.A* a devolver a *Colpensiones* todos los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y costos de administración, durante todo el tiempo que permaneció afiliada, esto es, a partir del 1º de noviembre de 1996 hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados; ordenó a *Colpensiones* a que una vez ingresen los valores en la cuenta de ahorro individual actualice los valores, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a *Porvenir S.A*.

Como sustento de su decisión, hizo alusión a la Jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia, en la que se alude que el deber de información recae sobre la AFP y la carga probatoria incumbe a la misma, destacando que el diligenciamiento del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho requisito.

Así, como quiera que la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información a su cargo, determinó que el traslado efectuado a *Horizonte*, hoy *Porvenir S.A*, se debe declarar ineficaz. Finaliza recordando que, en este caso por tratarse de un derecho pensional, no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo Porvenir S.A*, presenta recurso de apelación en el que en suma indica que contrario a lo que aduce el Despacho, el formulario



fue suscrito libre de apremios, sin que haya sido tachado en los términos previstos en el C.G.P, por tal motivo, se presume auténtico; manifiesta además que la demandante tuvo conocimiento de los efectos del traslado, debiéndose avalar el principio de autonomía de la voluntad, al haberse emitido un consentimiento libre de presiones al firmar el formulario. Recalca que la ineficacia de pleno derecho no opera, en tanto la afiliación no implicó desconocer normas de orden público; por otra parte tampoco se predica una nulidad absoluta, al contener el acto de traslado causa y objeto lícito, además la demandante tiene plena capacidad, y frente a la nulidad relativa por vicios del consentimiento, la misma es susceptible de ser saneada, lo cual acontecería en el presente evento por los aportes realizados por la demandante.

Enfatiza en el principio de buena fe, pues los parámetros del deber de información requeridos por el *a-quo* se expidieron con posterioridad al traslado; de igual manera que si se predicen los efectos de la prescripción y respecto de las costas procesales, solicita que no se debe emitir condena.

A su turno, *Colpensiones* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no es de recibo que en el presente caso se trate de la ineficacia del traslado, pues la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria, aunado a ello que si era factible el traslado de régimen pensional bajo los postulados del Decreto 692 de 1994; de igual manera, resalta que no se predica nulidad ni ineficacia teniendo en cuenta lo indicado en el interrogatorio de parte, al aducir que le conviene el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, exclusivamente por temas económicos. Finalmente, solicita se tenga en cuenta el principio de sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:



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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la*



prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Horizonte*, hoy *Porvenir S.A* que según el reporte del SIAFP tiene fecha de efectividad a partir del 1° de noviembre de 1995 (Fls 133), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no



acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, pues se limitó a indicar que al momento de su afiliación su empleador le dio el respectivo formulario, sin recibir asesoría por parte de la AFP, que posteriormente en el año 2006 diligencio un nuevo formulario, pero le informaron que era para actualizar los datos.

En ese orden de ideas no se avizora que la accionada haya cumplido el *onus probandi* de acreditar el cabal cumplimiento del deber de información, lo que apareja la ineficacia del traslado, y de contera el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.



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

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

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

Finalmente, en lo concerniente a las costas procesales basta indicar que estas operan de forma objetiva, conforme lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, conforme al cual, estas deben correr a cargo de la parte vencida en juicio, por manera que al resultar condenadas las hoy demandas, resulta lógico que se imponga la condena en costas en contra de las mismas.

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

V. DECISIÓN:



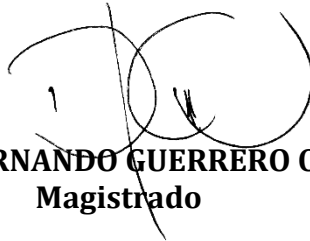
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

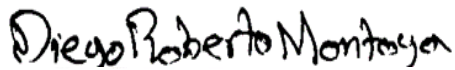
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de enero del 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

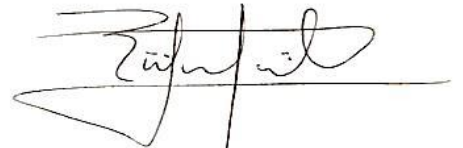
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 34 2018 00243 01
Demandante: MARIA FRANCISCA CABEZAS SOLANO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Nicolette Stacy Ruiz Velandia* identificada con C.C No 1.034.291.997 y T.P No 289.295 del C.S.J.

De otra parte, Porvenir S.A allega poder conferido a la Doctora Yesenia Tabares Correa identificada con C.C No 1.037.608.320 y T.P No 242.706 del C.S.J ; a quien se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de la AFP.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por *Provenir S.A.* y *Colpensiones*, contra la sentencia proferida el 29 de enero del 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, así como dirimir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Francisca Cabezas Solano* formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A*, a fin que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



En consecuencia, se condene a *Porvenir S.A* a devolver todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la asegurada, junto con los rendimientos causados como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; se condene a *Colpensiones* a tramitar el recaudo de los dineros de *Porvenir S.A* y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 24 de octubre de 1996, cotizó para el *Instituto de Seguros Sociales* del 6 de febrero de 1987 al 18 de agosto de 1998, se trasladó a la AFP *Porvenir S.A* siendo trabajadora de FROSST LABORATORIES INC, precisando que el asesor no le brindó ninguna información para la fecha del traslado respecto a sus derechos pensionales y requisitos para adquirir su pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Aduce que el 23 de octubre del 2017 radicó la solicitud de nulidad ante la AFP *Porvenir S.A*, pero la misma le fue denegada por dicha entidad. Así mismo, el 27 de octubre del 2017 radicó la solicitud de nulidad del traslado a *Colpensiones*, la que se denegó mediante comunicación del 27 de octubre del 2010.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones, operó la *litis contestatio* oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones exponiendo que acorde a las pruebas arrojadas al proceso la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito los que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

Por su parte, la AFP *Porvenir S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que la demandante al igual que todos los potenciales afiliados, recibió una asesoría comparativa de los dos regímenes, para que optaran de forma libre y voluntaria.



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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 29 de enero del 2020, declaró la nulidad del traslado realizado el 31 de octubre de 1998 por la demandante a la AFP *Porvenir S.A*, a quien condenó a reintegrar a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que hubiere causado; condenó a *Colpensiones* a recibir todos los dineros que reintegre *Porvenir S.A* y condenó en costas a *Porvenir S.A*.

Para arribar a dicha conclusión determinó que *Protección S.A.* tenía el deber legal de asesorar a la demandante en cuanto a los beneficios y desventajas del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, razón por la cual con el formulario de afiliación allegado, no se logró acreditar que se haya brindado el asesoramiento a la demandante, lo que además fue corroborado en el interrogatorio de parte en el que manifestó que no fue asesorada respecto a las consecuencias de dicho traslado y que pese a que firmó el formulario de afiliación, ello no quiere decir que lo diligenció, por cuanto este contenía información pre impresa consignada por parte de la AFP.

Que en el presente caso se omitió el deber de información que tiene a su cargo la AFP, señalando además que la manifestación genérica que contiene el formulario de afiliación no puede acreditar que dicha manifestación se hizo de manera libre y sin presiones; de igual manera, que se configuró un error de hecho cuando la AFP enseñó de manera distorsionada las calidades del producto que ofrecía omitiendo información valiosa, por lo que procedió a declarar la nulidad de traslado.

Respecto a la excepción de prescripción señaló que al ser un derecho de orden fundamental el que se encuentra afectado este ostenta la calidad de irrenunciable



y por lo tanto es imprescriptible por lo que declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que no se configura error de hecho en la medida que se debe tener en cuenta que las características de los regímenes pensionales se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993, por lo cual lo aducido por activa sería un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento, máxime que la falta de conocimiento no exime de excusa acorde lo dispuesto en el artículo 9° del C.C.

Por otra parte, si se indica que no existió un deber de información, peticiona se tenga en cuenta la importancia de la estabilidad financiera acorde lo indicado en la sentencia C-1024 del 2004, cuando limitó el traslado entre regímenes pensionales.

Por su parte la *AFP Porvenir S.A* interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el *a-quo*, al señalar que se incurre en error al asimilar la nulidad con la ineficacia, la cual tiene lugar según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando se impida o atente contra el derecho de afiliación, lo cual debe ser probado por activa.

Finalmente, que se debe declarar proba la excepción de prescripción, por cuanto una interpretación contraria afecta la seguridad jurídica.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la sentencia fue desfavorable a *Colpensiones*, y que La Nación funge como su garante, es menester desatar el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y



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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado*



información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Porvenir S.A.*, en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 31 de octubre del 1998 (Fl 139), y el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomara una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues se limitó a manifestar que la AFP le indicó que podía tener inconvenientes con su pensión en el ISS y que por tanto, le sería más favorable estar afiliada a la AFP.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la



Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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



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

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

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

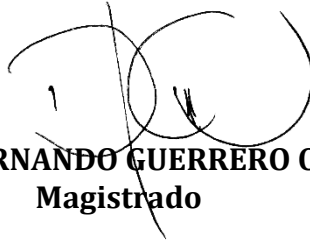


PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE sentencia proferida el 29 de enero del 2020 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

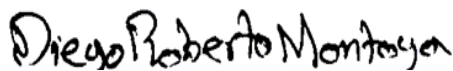
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 **36 2017 00834 01**
Demandante: JORGE ENRIQUE RAMÍREZ CALVO
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En atención que se allega poder por *Porvenir S.A.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Yesenia Tabares Correa* identificada con C.C No 1.037.608.320 y T.P No 242.706 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El Señor *Jorge Enrique Ramírez Calvo*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Porvenir S.A.*, por cuanto careció de información en el cambio de régimen pensional, como consecuencia de la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir.

Por consiguiente, se ordene el traslado de todos sus aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en su caso administrado por *Colpensiones*, y que a su vez esta última active su afiliación.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 10 de octubre de 1959, trasladándose de régimen pensional en el año de 1997 a través de *Porvenir S.A.*

Que al momento del traslado, el asesor de *Porvenir S.A.* le informó que trasladándose en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendría una cuantía de pensión mucho mejor a la que llegare a reconocérsele en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que se podría pensionar a cualquier edad, pero sin explicársele sobre bajo qué circunstancias.

Asimismo, que trasladándose se podía pensionar con un monto de pensión que quisiera, se le explicaron solo las ventajas de trasladarse, pero jamás las desventajas, no se le indicó que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida la pensión de vejez no depende del ahorro sino del tiempo acumulado y del salario base de cotización, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el monto pensional depende del capital ahorrado.

Que tampoco se le informó que en Régimen de Prima Media con Prestación Definida los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública en donde los recursos se distribuyen para pagar las pensiones de todos, que la pensión no está sujeta al comportamiento de la economía y el mercado financiero, mientras que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el monto acumulado sí depende del mercado, entre otros aspectos más.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, indicando que la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válida y se deben probar las causales de nulidad de que trata el artículo 1508 del Código Civil, entre tanto el traslado seguirá estando libre de vicios, sumado a que, atendiendo los parámetros legales, por su edad no puede retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada y la denominada innominada o genérica.



Porvenir S.A. igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la información que se le suministró a la actora se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fueron caprichosas o abusivas, sino que obedecieron al resultado de dichas disposiciones que regulan el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las instrucciones que para el efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por *Porvenir S.A.*, ordenándole a esta última trasladar a *Colpensiones* los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidas las cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración y cualquier otro.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que, atendiendo los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de la debida información al momento del traslado del afiliado, le corresponde acreditarla a la *AFP Porvenir S.A.*, aspecto que no fue probado dentro del presente asunto, como quiera que lo único que se advierte en el plenario es que tan solo obra el formulario de afiliación suscrito por el demandante.

Además, puntualizó que como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, lo que procede es la ineficacia del traslado en los precisos términos de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, aduciendo que el demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, para el 1º de abril de 1994, solamente acreditaba 34 años de edad y 243.43 semanas cotizadas, por lo que no tenía adquirida una expectativa legítima de pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y cuando se trasladó de régimen pensional en el año de 1997, solo tenía 413.43 semanas cotizadas y 38 años de edad.



Porvenir S.A expuso en el recurso de alzada, que no puede en el presente asunto trazarse la línea jurisprudencial emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues si bien trata de un mismo aspecto frente a la ineficacia y nulidad del traslado, desde un aspecto fáctico no se trata de lo mismo, máxime si se tiene en cuenta que todas las sentencias que ha emitido el Superior versan frente a personas que son beneficiarias del régimen de transición.

Que si bien es claro el deber de información que le asistía, al momento del traslado del demandante la AFP se encontraba en la primera etapa de dicho deber, de ahí que haya sido suficiente el formulario de afiliación para acreditar la debida información que le asiste.

Por último, manifestó el descontento que se le haya condenado por gastos de administración, más aún cuando se está dejando de lado que la misma Ley 100 de 1993 dispuso la creación de dos regímenes pensionales independientes con características particulares, y dentro de estas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, está generar un cobro por gastos de administración, así como una prima que va dirigida a contingencias de invalidez y muerte, a lo cual estuvo cubierto durante todo su tiempo de vinculación siendo dirigido a un fondo de solidaridad, por lo que de generarse esta condena, el demandante estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las



características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de



brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde



a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del actor en *Porvenir S.A.* del 18 de julio de 1997 (Fl. 122), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por el representante legal de la *AFP Porvenir S.A.*, ya que este último precisó que en su momento la única información que se le brindó al demandante fue en el formulario de afiliación.

En ese orden de ideas, al no haberse acreditado de manera fehaciente por pasiva el cumplimiento del deber de información, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses



como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

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

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

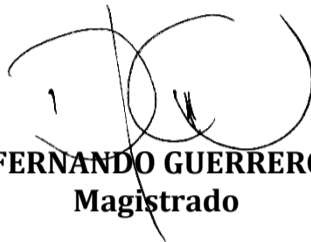


RESUELVE:

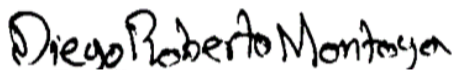
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 37 201700678 01
Demandante: JULIÁN ANDRÉS GÓMEZ GONZÁLEZ
Demandado: AQUASERVICIOS SG SAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 12 de noviembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Julián Andrés Gómez González*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Aquaservicios SG SAS*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 11 de junio de 2014 y el 16 de marzo del 2015, desempeñando el cargo de subgerente de la empresa con un último salario de \$3.000.000 y se reconozcan como factor salarial los pagos recibidos por concepto de auxilio de alimentación, bonificación dotacional y otros estipulados en la ley, además se declare que la terminación del contrato se realizó sin justa causa.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago del salario realmente devengado, por un valor de \$18.000.000; al pago de las prestaciones sociales; los aportes a seguridad social; la mora por el no pago oportuno de las prestaciones sociales; a indexar las sumas adeudadas; a cancelar los perjuicios morales y materiales; a ordenar que las sumas adeudadas deben ser canceladas en un término no mayor a los 3 días siguientes al fallo y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, manifestó que se vinculó a la empresa demandada el 11 de junio del 2014, pactando un salario mensual de \$3.000.000 y que dicha relación se extendió hasta el 16 de marzo del 2015.

Adujó que laboró en la empresa cumpliendo horarios de trabajo de hasta 24 horas continuas y recibió mensualmente del 1° de julio del 2014 al 11 de marzo del 2015 \$1.000.000, pero jamás realizaron aportes a seguridad social y que adicionalmente percibía un auxilio de alimentación diario por cuantía de \$12.000.

Que el día 11 de marzo del 2015 a su solicitud, fue expedida una certificación laboral, el 13 de marzo del 2015 le indica al representante legal de la entidad que requiere ser afiliado a seguridad social y el pago de los salarios adeudados, por lo que el 16 de marzo de la misma anualidad cuando se presenta a laborar encuentra las puertas con cambio de chapas y llaves de seguridad, prohibiendo su ingreso a la empresa y dando por terminado verbalmente el contrato de trabajo.

Agrega que inicialmente invirtió un capital de \$45.000.000 en la compra de maquinaria de producción de moldes de plástico de la empresa, por lo que regresó en días posteriores a la empresa para recobrar los salarios adeudados y recuperar el dinero invertido, pero no obtuvo una respuesta favorable.

Finalmente, afirma que de su salario dependía él y sus dos hijas menores de edad; afirma que se acercó a consultorios jurídicos donde le liquidaron las acreencias laborales, así como posteriormente al Ministerio de Trabajo donde se celebró audiencia de conciliación el 17 de junio del 2015, pero no se llegó a un acuerdo conciliatorio.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que entre las partes no existió una relación laboral sino una sociedad de hecho, donde de manera verbal se acordó la compra de una maquinaria para lo cual aportaría una suma inicial como cuota social y el saldo restante se cancelaría con lo que la maquinaria produjera, para lo cual se comprometieron ambas partes a aportar en especie su trabajo y que no es cierto lo indicado en la certificación del 11 de marzo del 2015.



Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, respecto de la certificación del 11 de marzo del año 2015, que si bien el demandado en la declaración de parte afirmó que dicho documento no fue suscrito por él y que se le falsificó su firma, en la oportunidad procesal pertinente no se interpuso tacha de falsedad conforme lo dispuesto en el artículo 269 del C.G.P, norma que resulta aplicable por analogía a esta especialidad.

En ese orden de ideas, recae sobre dicho documento la presunción de autenticidad a la luz de lo dispuesto por el artículo 54A del C.P.T. y de la S.S, y por ende se puede extraer la prestación personal del servicio, lo cual también se desprende del interrogatorio de parte del accionado, quien admitió tal aspecto, aunque lo morigeró en el sentido de indicar que solo estaba pendiente de la máquina.

Pese a lo anterior, fue aportado el acto constitutivo de la Sociedad por Acciones Simplificada denominada *Aquaservicios SG SAS* demandada en este proceso, documento que se encuentra suscrito por el señor *Eduardo Sánchez Rojas* y la señora *Elsa Yolanda Sarta Bravo*, en el que se establecieron los acuerdos societarios para su constitución, entre ello, que el demandante es accionista constituyente de la sociedad y fue designado como representante legal suplente, cargo que además coincide con el certificado de existencia y representación legal visible a folios 92 a 96.

Igualmente se aportó contrato de compraventa de maquinaria compacto de reserva de dominio, celebrado el día 16 de enero del año 2014 entre el señor *Eduardo Sánchez* y el señor *Isaías Acosta Soto* en calidad representante legal visible a folios 132 a 134, sin embargo, y pese a que dicho documento no se encuentra suscrito por las partes, da cuenta de la existencia del negocio jurídico, máxime que se evidencia que el señor *Julián Gómez* participó en la compra de



dicha maquinaria, lo cual puede concluir a partir de los elementos establecidos en la denuncia penal que fue aportada al plenario, lo cual no da cuenta de una prestación subordinada del servicio. Finalmente, que la prueba testimonial no acreditó que el actor además de la calidad de accionista haya fungido como trabajador, a efectos de establecer una eventual concurrencia de contratos.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que indica que la prestación del servicio quedó demostrada, y además la subordinación se desprende en tanto al actor le fue asignado desde la constitución un cargo en la compañía, esto es de subgerente, además se señalan otros elementos de subordinación como el horario, además de un salario.

Por otra parte, que nada impedía que concurra un contrato de trabajo, según el artículo 25 del C.S.T., máxime cuando el actor lo que verificó fue un préstamo de dinero para adquirir la máquina a que se ha hecho referencia, y frente a la cual cumplía un servicio, máxime que no existía un esquema de repartición de utilidades para ser considerado socio, por lo tanto, el actor simplemente colaboró en la compra de la máquina, devengando un salario.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si en efecto existió un contrato laboral entre las partes.

c. Del Vínculo Laboral:



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

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

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

En otro giro, se tiene que de vieja data el Tribunal Supremo del Trabajo, se encargó de puntualizar las diferencias que se predicaban entre un contrato de trabajo y una sociedad de hecho, así en sentencia del 23 de noviembre de 1953, indicó:

“Pero las sociedades de personas, que por no tener la plenitud de las formalidades legales, forma entre las llamadas sociedades de hecho, y en las cuales puede darse el caso de socios con aporte de una especialidad o industria, que intervienen en trabajos de dirección, pero cuya sujeción en ejercicio de sus funciones no tiene el sometimiento ni las exigencias, que tiene el empleado. Porque el trabajador a contrato, en razón del vínculo, tiene obligaciones de su esencia nacidas de la ley y de los reglamentos internos, y entre las cuales la subordinación, órdenes impartidas en todo momento, tiene que ser observadas y a las cuales no se puede sustraer sin que se le atribuya incumplimiento de contrato. Por eso se ha dicho, por los autores de la materia y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, que la subordinación en el contrato de trabajo de carácter jurídico real, provienen de la existencia de una disposición legal.”

Asimismo, se tiene que incluso quienes ostenten la calidad de socios, pueden también tener la calidad de trabajadores, por cuanto es dable que se presente una



conurrencia de contratos, es por ello que en sentencia SL 2264 del 20 de junio del 2018, se indicó:

“Así lo ha señalado esta sala de la Corte en repetidas oportunidades en las que ha indicado que «...en los términos del artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, es posible la concurrencia de un contrato de trabajo con otro u otros de distinta naturaleza, sin que ello signifique necesariamente que el primero pierda la calidad de tal, ni que los segundos la adquieran.» (CSJ SL, 3 jun. 2004, rad. 21223; CSJ SL, 10 nov. 2004, rad. 25528; CSJ SL, 13 abr. 2005, rad. 23721; y CSJ SL10126-2017, entre otras).

En ese sentido, como en este caso, en la persona del demandante podían concurrir válidamente la condición de socio, respaldada por un contrato de sociedad, y la de trabajador – gerente -, derivada de un contrato de trabajo, sin que las dos relaciones jurídicas subyacentes perdieran la naturaleza legal y estatutaria que les son propias, por el simple hecho de materializarse de manera simultánea.”

d. Del caso en concreto

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre las partes existió una relación laboral.

Para el efecto, siguiendo los lineamientos trazados por el artículo 60 del CGP se procedió a realizar un análisis del acervo probatorio arrimado al plenario constatando en el mismo que en el curso del interrogatorio de parte la pasiva admitió que el demandante si estaba a cargo de una máquina de inyección, pero aclara que fue debido a que se asociaron para la adquisición y explotación de la misma, de tal manera que el actor se hacía cargo de dicha actividad, sin que se le haya asignado un salario, sin que además se encargara de operarla. Igualmente alude que la certificación resulta espuria.

A su turno el demandante aceptó que inició un proceso de naturaleza civil contra el demandante para que le reintegrara la inversión, porque lo acordado por las partes fue un aporte de capital para la compra de la máquina. Igualmente acepta que la empresa que le vendió la maquinaria, recibió pagos tanto del representante legal de la pasiva como del actor, refiriendo que él fue quien la operaba, con excepción de un periodo en el que refiere:

“En una época estuvo trabajando para nosotros, creo que fue más o menos unos 20 días o un mes mi hermana Sandra Marcela Gómez González ella



hacía un turno de operación de la máquina y en otra época donde hubo un volumen de pedido relativamente alto se optó por conseguir empleado, pero esos empleados se consiguieron por una semana prácticamente y de igual manera yo me encargaba de cubrir los turnos y de estar pendiente todo el día de la máquina y no solo de la máquina, del mantenimiento, de la instalación, etc.”

Además, indica que ocasionalmente el representante legal de la demandada llegó a operar la máquina, contra quien interpuso además de la acción civil una denuncia penal, siendo finalmente condenado por abuso de confianza.

Adicionalmente, fue evacuado el testimonio de la señora *Elsa Yolanda Sarta Bravo*, quien aduce que convivió con el señor *Eduardo Sánchez*, representante legal de la accionada, entre los años 2001 y 2015, por lo que conoce que este siempre trabajó como independiente hasta el momento en que constituyó una empresa en la cual el demandante participó y le prestó dinero para la compra de la maquinaria, que el actor era prácticamente el encargado de la empresa, y que conoce la certificación laboral en tanto el demandante la solicitó para el proceso de custodia de sus hijas.

En lo que respecta a las documentales allegadas reposa el certificado de cámara y comercio de la empresa *Aquaservicios S.A.S* en el que consta que el demandante es el representante legal suplente de la empresa desde la celebración de la asamblea de accionistas del 21 de mayo del 2014 (Fls 92 a 96), al igual que el Acta de Constitución de la empresa en el cual consta a más de la asignación del demandante como representante legal suplente, la aceptación del mismo en el referido cargo (Fls 99-114).

Junto a estos documentos reposa una solicitud de pago efectuada por el apoderado de la sociedad *Krumtap S.A.S* al señor *Eduardo Sánchez*, en la cual se puede leer:

“Señor Eduardo Sánchez por medio del presente me permito solicitar el pago total de la deuda que actualmente tiene con la empresa KRUMTAP SAS, por la compra de la inyectora HXF 128 J5, la cual fue adquirida el 21 de noviembre del 2013.

“Somos conscientes que usted compró la maquinaria en sociedad con el señor Julián Gómez, pero que a su vez quien figura en la Orden de Compra P013-V126, así como en todos los documentos relacionados, al igual que en las Letras de Cambio que están respaldado esta deuda.”



Documento que se encuentra acompañado con los soportes de la compraventa y los soportes de pago (Fls 132 a 144), dentro de los cuales llama la atención de la Sala una certificación de pago recibido por la empresa *Krumtap S.A.S* de parte de los señores *Eduardo Sánchez* y *Julián Gómez* (Fl 143).

Igualmente reposa un Formato Único de notificación criminal de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual el promotor del juicio presenta una denuncia contra el señor *Eduardo Sánchez*, refiriendo en la misma (Fls 148-149):

“Yo aporte treinta y cinco millones incluido costos de instalación a la fecha de una maquina inyectora modelo HXF 128 J5 marca Haixing Plastic Machinery de fabricación en la República Popular de China comprada a la empresa Krumtap Ltda. Nit. 800227915-1, avaluada en ochenta y dos millones de pesos. Esta máquina la compré en compañía del señor Eduardo Sánchez Rojas c.c 19.371.233, quien en un principio aportó el mismo capital que yo. es decir, a la fecha se adeuda veinte millones de pesos aproximadamente de esta máquina. Eduardo Sánchez y yo hicimos un acuerdo para la compra de esta máquina, donde él presente los papeles ante la empresa importadora, ya que yo acababa de salir de prisión y por ende a mí no me otorgarían ese crédito, pero ante la empresa y según documentación soporte de pago, se puede constatar que yo pagué esta maquinaria, hace unos días tuve un percance con Eduardo Sánchez, y acordamos que el me pagaría la mitad de la máquina, incluyendo las ganancias, los materiales invertidos y la mano de obra por mi aportada por un valor total de cuarenta millones de pesos”.

En igual sentido reposan las diligencias efectuadas en el trámite del proceso penal, dentro de la cuales avizora la Sala (Fls 146 a 142), una entrevista surtida a la señora *Yolanda Bravo* en el curso del proceso penal, quien señala:

“(…) el señor Eduardo Sánchez le sugirió al señor Julián Gómez participar en la compra de una máquina inyectora de plástico la cual el 22 de noviembre del 2013 se reunieron en el apartamento del señor Julián Gómez los señores Eduardo Sánchez, Yolanda Sarta y el vendedor de la máquina inyectora de Plástica Edgar Orjuela ese día Julián Gómez hizo entrega a Edgar Orjuela de la primera cuota inicial de 18 millones (...)”

Finalmente, a folio 22 una constancia de la sociedad demandada en la que se puede leer:

“Que el señor GÓMEZ GONZÁLEZ JULIÁN ANDRÉS identificado con cédula de ciudadanía No 9.739.038 de Armenia (Quindío), labora en este establecimiento como SUBGERENTE desde hace nueve (09) meses con una asignación mensual de (\$3.000.000) tres millones de pesos ”



Luego, de cara al material probatorio arrimado a las presentes diligencias para esta Sala de decisión siguiendo las reglas de la sana crítica, no existe duda alguna en cuanto a que el demandante y el señor *Eduardo Sánchez* como representante legal de la sociedad hoy demandada existió en efecto una sociedad de hecho (Art. 498 y S.S del Código de Comercio), con ocasión a la cual compraron una máquina de inyección para operarla en la empresa *Aquaservicios S.G S.A.S*, por lo que el demandante fue nombrado como subgerente de la mentada sociedad y fue quien se encargó de vigilar las operaciones desarrolladas por dicha maquinaria, como en efecto lo admiten ambas partes en el interrogatorio de parte. Siendo del caso aclarar, que tanto la declaración de la misma, como los efectos jurídicos que de esta puedan devenir no es un asunto que le ataña a la jurisdicción ordinaria laboral, por tanto, la Sala no realizará ningún juicio adicional sobre este punto.

Ahora, en efecto como lo aduce el fallador de primera instancia y se encuentra sentado por la Jurisprudencia Nacional previamente citada, la calidad de socio no enerva la posibilidad de que adicionalmente el demandante fungiera como trabajador de la empresa y que existiera una concurrencia de contratos (Art 25 del C.S.T), pero para ello se requiere corroborar que las labores desarrolladas dentro de la empresa se dieron bajo el lleno de los elementos esenciales del contrato de trabajo (Art. 23 C.S.T).

Sobre este tópico, encuentra la Sala que si bien es cierto se encuentra plenamente acreditada una prestación personal del servicio, pues ambas partes concuerdan en que el demandante era el encargado de vigilar la máquina de inyección comprada en sociedad por ellos, lo cierto es que la pasiva logró derruir la presunción reglada por el artículo 24 del C.S.T, en tanto se corroboró que tal actividad no fue desarrollada bajo la continua subordinación, sino de forma autónoma y autogestionaria en desarrollo de su calidad de socio y adquirente de la maquinaria, acordando estar al tanto de las operaciones desarrolladas con la misma, tan es así, que tanto el señor *Eduardo Sánchez* como el demandante llegaron a operar la máquina, pero en calidad de socios, más no de trabajadores.

A más que el propio demandante en su interrogatorio de parte cuando alude a la gestión realizada, permite entrever que la misma fue en calidad de socio y no de empleado, al punto que refiere que para su operación en varias ocasiones tuvieron que contratar empleados, incluso la hermana de este, luego tampoco se trataba de una actividad que debiera ejecutar de forma personal, pues podía acudir a una



tercera persona que la desarrollara, así como tampoco existe evidencia de su sometimiento a un poder disciplinario, reglamentario.

Ahora, si bien es cierto que a folio 22 reposa una certificación en la cual se alude que el demandante trabaja como subgerente de la pasiva y que en efecto, tal documental no fue tachada ni desconocida por el representante legal de la pasiva dentro del término y conforme los parámetros establecidos en el artículo 269 y SS del C.G.P. Con todo, no puede pasar por alto la Sala que la testigo *Elsa Yolanda Sarta* admitió en su declaración que fue ella quien hizo el documento, por solicitud del actor, puesto que este lo requería para el proceso de custodia de sus hijas.

Adicionalmente, llama la atención que pese a que en la misiva se expresa que el demandante tiene una remuneración de \$3.000.000, la testigo indique en su declaración que el demandante jamás recibió un salario sino unos abonos, luego en modo alguno podemos basarnos exclusivamente de lo indicado en la referida certificación para dar por acreditada la relación laboral hoy alegada por el demandante, máxime cuando quien la elabora, por un lado sostiene que esta se hizo para efectos del trámite de custodia de las hijas del promotor del juicio y por el otro, permite entrever con su declaración que no tenía certeza directa en cuanto a que en efecto el demandante percibiera un salario y el monto del mismo.

Aunado a lo anterior, la deponente referida en el curso del proceso penal indicó en la entrevista que le fuere realizada que el actor y el representante legal compraron la maquinaria en sociedad, afirmaciones que analizada en conjunto, llevan a esta Sala a colegir que de las mismas se evidencia la real calidad que ostentó el actor, sin que haya existido subordinación alguna.

Sumado a lo anterior, advierte la Sala que el demandante siempre tuvo presente la calidad de socio y que las actividades desarrolladas por este, lo fueron en el marco de dicha calidad y no de un contrato de trabajo, tan es así que al presentar la denuncia penal en contra del señor *Eduardo Sánchez*, afirmó ante dicha jurisdicción el 28 de abril del 2015 que ellos habían celebrado una sociedad y tras los inconvenientes surgidos entre ellos, acordaron que el señor *Sánchez* le pagaría la maquinaria, las ganancias y la mano de obra, por valor de \$40.000.000, lo que a lo sumo permite entrever con claridad que incluso la mano de obra hacia parte de su aporte a la sociedad, pero no su calidad de trabajador, como pretende hacerlo ver el día de hoy ante esta jurisdicción, cambiando por demás la versión que ha



sostenido ante la jurisdicción penal y la civil, conforme se desprende de su propio interrogatorio de parte.

En este orden de ideas, emerge ineludible colegir que entre las partes no existió la relación laboral hoy anhelada por el demandante, como efectivamente lo explicó y concluyó el fallador de primera instancia.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

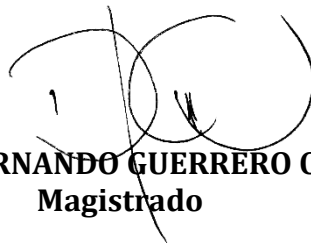
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

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

Ordinario Laboral 1100131050 37 201800626 01
Demandante: LEIDY LEONOR LÓPEZ MESA
Demandado: AFP PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de noviembre del 2019, al ser totalmente desfavorable a las pretensiones de la demandante

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Leidy Leonor López Mesa* formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A* a efectos de que se declare que es beneficiaria de la devolución de saldos por aportes a pensión, causados con el fallecimiento del señor *Marco Antonio Reyes Díaz*, en consecuencia, se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de los mismos, debidamente indexados, junto con las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que convivió en unión libre con el señor *Marco Antonio Reyes Díaz* del 31 de diciembre del 2005 al 17 de mayo del 2008, quien falleció en dicha calenda, razón por la cual la demandante obtuvo el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por parte de la ARL *AXXA Colpatria*.

Agrega que fue declarada la unión marital de hecho, mediante la sentencia judicial proferida el 8 de marzo del 2013; providencia que fue confirmada y adicionada por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Familia el 15 de agosto del 2012, en favor de la demandante.



De otra parte, indica que el demandante registra cotizaciones con la AFP *Porvenir S.A*, por lo que solicitó ante dicha entidad la devolución de los saldos, la cual le fue denegada por no acreditar la calidad de beneficiaria.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada *Porvenir S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra por cuanto la solicitud de devolución de saldos fue definida de fondo, con ocasión a la solicitud pensional elevada el 4 de junio del 2009 por la señora *Dora Aidé Blanco Gómez* como madre del menor *Jhon Sebastián Reyes Blanco*, a quien se le reconoció el 100% de los saldos a su favor.

Propuso y sustentó como excepción previa la que denominó falta de integración del litisconsorcio necesario y como de mérito las que denominó inexistencia de obligación de reconocer y pagar devolución de saldos al demandante por ausencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la Ley 797 del 2003, ausencia de derecho sustantivo, falta de cumplimiento de los requisitos legales, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

Con auto del 22 de mayo del 2019 se dispuso vincular al menor *Jhon Sebastián Reyes Blanco*, quien procedió a dar contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, refiriendo que *Porvenir S.A* definió de fondo la solicitud realizada por la demandante con el lleno de los requisitos legales a favor de este, precisando que a la fecha de solicitud de la devolución de saldos *Jhon Sebastián Reyes Blanco* desconocía la existencia de igual o mejor derecho que el menor de edad. Asimismo, se abstuvo de presentar medios exceptivos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 25 de noviembre del 2019, absolvió a la AFP *Porvenir S.A* y al vinculado *Jhon Sebastián Reyes Blanco* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión adujo que conforme lo dispuesto en los artículos 47 artículo 78 de la Ley 100 de 1993, modificado el primero por la Ley 797 del 2003, es requisito para ser beneficiaria que se acredite cinco (5) años de convivencia a la fecha del fallecimiento, no obstante en el *sub-lite* la demandante no acredita tal presupuesto, pues si bien se declaró



una unión marital de hecho entre la demandante y el causante, lo fue por un periodo inferior.

Asimismo, alude que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de origen laboral no se puede tener como un parámetro válido para el reconocimiento de la presente prestación, en tanto no se acreditó durante el proceso el cumplimiento del requisito de convivencia exigido por el legislador.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Atendiendo a que la demanda fue totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, se procede a su correspondiente análisis en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente ordenar la devolución de los aportes efectuados por el causante *Marco Antonio Reyes Díaz* a favor de la señora *Leidy Leonor López Mesa*.

c. Devolución de Saldos

Sabido es que en materia de seguridad social, el riesgo de muerte se encuentra cubierto a través del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o en caso de no darse los requisitos necesarios para ello, mediante la indemnización sustitutiva en el caso de los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida o la devolución de saldos, cuando se trate de afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



En el caso puntual de la devolución de saldos, el artículo 78 de la ley 100 de 1993, establece:

“Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar.”

Ahora bien, cuando la norma alude a sus beneficiarios, no son otros que los especificados en el artículo 74 de la precitada disposición, el cual fue modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003 y establece:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando



acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;

e, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. *Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.”*

Ahora, solo en caso tal de que no exista ningún beneficiario, los saldos de la cuenta de ahorro individual del causante, pasaran a ser parte de su masa sucesoral, tal como lo dispone el artículo 76 de la precitada normativa, el cual indica:

“En caso de que a la muerte del afiliado o pensionado, no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional, harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

En caso de que no haya causahabientes hasta el quinto orden hereditario, la suma acumulada en la cuenta individual de ahorro pensional se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente Ley”

Así pues, quien pretenda acceder a la devolución de saldos debe acreditar su calidad de beneficiario en los términos previstos en el artículo 74 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 del 2003, pues de no estar acreditado los saldos pasaran a hacer parte de la masa sucesoral. Criterio que se acompasa a lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 1239 del 2008, en la cual expuso:

“Respecto de la devolución de saldos, en los eventos en que se presenta la contingencia de la muerte, prevé el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, que cuando el afiliado fallece sin el cumplimiento de los requisitos «[...] para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional, si a este hubiera lugar».

“De lo discurrido, es claro que la discusión de la litis se centró en la calidad de beneficiaria [...] y ante la ausencia de prueba que acredite la dependencia económica que la califica como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, resulta improcedente acceder a la devolución de saldos, pues para ello es indispensable tener tal condición. Así lo ha expuesto esta Corporación en sentencias CSJ SL, 21 oct. 2008, rad. 34288 y CSJ SL028-2018.



“No sobra recordar que ante la falta de beneficiarios que sean acreedores de la devolución de saldos, se debe acudir al artículo 76 de la Ley 100 de 1993, que reza:

“En caso de que a la muerte del afiliado o pensionado, no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional, harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

“En caso de que no haya causahabientes hasta el quinto orden hereditario, la suma acumulada en la cuenta individual de ahorro pensional se destinará al fondo de solidaridad pensional de que trata la presente ley.

“En virtud de lo expuesto, no procede el reconocimiento de la pretensión subsidiaria sobre la devolución de saldos.”

Ahora, en torno al requisito de convivencia exigido a la compañera o cónyuge supérstite del causante, debe recordar la Sala que en reciente criterio adoptado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, precisó que el mismo no resultaba exigible al cónyuge o compañero permanente *superstite* del afiliado, así la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1730-2020, Radicación No 77327, del 3 de junio del 2020, explicó:

“En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

“Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar. (...)

“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, (...)

“(...)Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de



sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.**

“Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, (...)

“(…) En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.



“Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudir a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

*“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, **esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado**”. (Negrillas fuera de texto)*

Siendo del caso precisar que si bien el precitado criterio fue adoptado en torno a lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, para la Sala no existe impedimento alguno para que dicho racero se aplique a lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, por cuanto este también fue modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, por manera que ambos articulados presuponen los mismos supuestos fácticos y jurídicos, por tanto, es lógico que se les de la misma interpretación.

d. Del caso en concreto

En el *sub-lite*, se constata que el señor *Marco Antonio Reyes Díaz* falleció el 17 de mayo del 2008 (Fl 10) y como quiera que para la data del deceso se encontraba afiliado al Régimen de Ahorro Individual administrado en el presente caso por *Porvenir S.A*, la hoy accionante se presentó en calidad de compañera supérstite en aras de obtener la devolución de saldos, sin embargo, la prestación del fue denegada atendiendo a que esta le fue concedida a su menor hijo *Jhon Sebastián Reyes Blanco*.

Por lo enunciado, resulta preciso entrar a corroborar si la hoy demandante *Leidy Leonor López Mesa* acreditó la calidad de beneficiaria de la devolución de saldos del causante, destacando que por tratarse de la muerte de un afiliado, se itera dando alcance al último criterio sentado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, le bastaba acreditar la calidad de compañera permanente supérstite, sin que le resultara exigible los 5 años de convivencia a la fecha del deceso, con fundamento en los cuales le fue denegado el derecho en primera instancia.



De cara a lo indicado, procedió la Corporación a analizar el material probatorio arrimado al proceso, logrando que fue allegada la sentencia emitida el 8 de marzo del 2012 por el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, modificado por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Familia, con sentencia del 15 de agosto del 2012, a través de la cual se declaró la existencia de la sociedad patrimonial de la pareja del 31 de diciembre del 2005 al 17 de mayo del 2008 (Fls 14-46), así como un oficio de la *ARL AXXA Colpatria* conforme al cual le fue concedida la pensión de sobrevivientes de origen laboral a la hoy demandante en calidad de compañera permanente supérstite y al menor hijo del finado *John Sebastián Reyes Blanco*, en un 50% para cada uno.

Deviene de lo hasta aquí expresado, que conforme al nuevo criterio de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, la demandante si tendría derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos, pues acreditó la calidad de compañera permanente supérstite a la fecha del deceso y por ello, esta y el menor *John Sebastián Reyes Blanco* hijo del causante (Fl 107), les asiste el derecho al pago de los mismos en un 50% para cada uno.

Ahora bien, no puede soslayar la Sala que la devolución ya fue solucionada de manera integral por *Porvenir S.A* al hijo del causante, evidenciándose que nos encontramos frente a una nueva beneficiaria en virtud de la nueva interpretación normativa de la Alta Corporación, por lo que se debe aplicar el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuesto en sentencia SL4851-2019, Radicación No. 67129, del 29 de octubre de 2019, en la que señaló:

“Esta Sala de la Corte, sobre el particular señaló directrices a seguir en la sentencia CSJ SL, rad. 11326, 12 mar. 1999, reiterada en la SL, rad. 37497, 25 jul. 2012, en la que se dijo lo siguiente:

“Lo anterior impone la obligación de determinar el momento a partir del cual debe hacerse el reconocimiento pensional a la demandante y la empresa pagarle las mesadas correspondientes, situación frente a la cual la Sala considera que en ningún caso puede ser en fecha anterior a aquella en que hizo la solicitud por primera vez, dado que hasta esa fecha la empresa reconoció y canceló la pensión a quien la reclamó luego de la muerte del pensionado, sin que en esa oportunidad hubiera controversias o disputas sobre la sustitución; por esta misma razón tampoco puede ordenarse el pago en la porción correspondiente a partir de cuándo la demandante hizo la solicitud, porque esta situación en modo alguno significó el nacimiento de una controversia sobre el derecho en razón a las dudas sobre su viabilidad en cabeza de la compañera supérstite, con mayor razón cuando había un derecho firme del que venía disfrutando la menor, el cual no podía ser menoscabado unilateralmente sin que existiera una decisión judicial, a lo que debe agregarse que una es la salida cuando se presentan controversias antes de que



asigne la pensión a alguno de los beneficiarios, y otra cuando las mismas surgen con posterioridad a la asignación, que se hizo precisamente por no existir discusión. Para reforzar la solución descrita, se estima pertinente transcribir apartes de lo expuesto por la Sala en sentencia de 12 de marzo de 1999, radicado 11.326:

“Conforme a lo resuelto por esta Sala de la Corte, en sentencia del 2 de noviembre de 1994, cuando fallecido un trabajador y quien o quienes se presentan a reclamar ante el empleador acreditan su calidad de beneficiarios total o parcialmente sin controversia entre ellos, debe procederse a las publicaciones de rigor y, cumplido el término previsto en las normas legales pertinentes, el empleador efectúa “el reparto y pago de los derechos y cumplirá así la obligación, a menos que se trate de una jubilación, pues en este caso sólo procederá, si es el caso, a distribuirla y a empezar su cancelación”. Si después de esto se presentan nuevos beneficiarios el empleador está por completo liberado; los obligados a satisfacer las cuotas que les correspondan a los beneficiarios sobrevivientes son aquellos que recibieron los beneficios. Si lo que se pretende es el derecho a pensión “la presencia de nuevos beneficiarios acreditados y no controvertidos autorizará a la empresa para efectuar hacia el futuro una nueva distribución del derecho, pero con referencia a las mesadas causadas y canceladas sólo podrán cobrarse las respectivas cuotas a quienes las percibieron”. En caso de controversia, el litigio debe adelantarse por los beneficiarios sobrevivientes contra los primeros. “Si se trata de una jubilación, esta se deberá seguir cancelando al beneficiario inicialmente reconocido hasta que mediante decisión judicial u otro mecanismo válido de composición del litigio se decida otra cosa y desde luego el beneficiario inicial deberá responder exclusivamente en lo tocante a lo que haya percibido”.

(...)

“Para que se entienda que hay controversia no basta que se presenten varios beneficiarios, sino que uno o varios de ellos discutan con apoyo en serios fundamentos la exclusividad en el derecho que el otro o los otros reclaman también para sí, siempre y cuando la situación no se halle solucionada claramente por las normas que regulan el reparto que debe hacer el empleador...” (subrayas no son del original).

En tal medida se condenará al vinculado *Jhon Sebastián Reyes Blanco*, a pagar a la demandante el 50% de la devolución de saldos del causante, debidamente indexados a la fecha de su pago.

e. Prescripción:

En lo tocante a este tópico, es del resorte de esta Corporación precisar que ya la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha tenido la oportunidad de precisar que a la indemnización sustitutiva se le aplica la misma regla de imprescriptibilidad que a las pensiones, por manera que no podría verse afectada por este fenómeno jurídico, argumento que para la Sala resulta aplicable a la devolución de saldos, por cuanto ambas acreencias gozan de una naturaleza jurídica similar, acorde lo expresado en



precedencia. Sobre el particular en sentencia SL 5544 del 11 de diciembre del 2019, con Radicación No 63319, en la cual se reiteró el criterio jurisprudencial adoptado en la sentencia SL 4559 del 2019, en la cual se puntualizó:

“(…)En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo -indemnización sustitutiva-, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión- porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva- porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.



Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.” (Subraya la Sala).

Implica lo hasta aquí indicado que la excepción de prescripción alegada por la encartada, adolece de vocación de prosperidad.

Así mismo, dadas las resultas del proceso la Sala declarara no probados los demás medios exceptivos propuestos por la entidad convocada a juicio.

Conforme lo enunciado la Sala procederá a revocar el fallo proferido en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de *Jhon Sebastián Reyes Blanco*.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2019, por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, acorde los argumentos presentados en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a *JHON SEBASTIÁN REYES BLANCO* a reconocer y pagar a la señora *LEIDY LEONOR LÓPEZ MESA*, el 50% de la devolución de saldos de la cuenta de



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

ahorro individual del señor *Marco Antonio Reyes Diaz*, conforme lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: ABSOLVER a *PORVENIR S.A.*, de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuesta.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de *JHON SEBASTIÁN REYES BLANCO*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 **38 2018 00214 02**
Demandantes: CLARA INES RODRIGUEZ MOLANO
Demandados: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En consideración a la sustitución del poder allegada por COLPENSIONES, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P No. 303.924 del CSJ en calidad de apoderada de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante *Clara Inés Rodríguez Molano*, respecto de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Clara Inés Rodríguez Molano*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, y Colfondos S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 22 de septiembre de 1994 con la *AFP Colfondos S.A*, por incumplimiento del deber de información, al no suministrar una información clara, completa y cierta acerca de las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional, omitiéndose que era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia de lo anterior, se ordene el retorno inmediato al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *Colpensiones* y se ordene a la



AFP Colfondos S.A la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por todo concepto.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació 29 de abril de 1957; que se afilió al *Instituto de Seguros Sociales* el 2 de mayo de 1975; que el 22 de septiembre de 1994 encontrándose cotizando como dependiente, se trasladó a la *AFP Colfondos S.A.*, sin haber recibido la información clara completa y oportuna por parte del Fondo que la recibió; que al momento del traslado el fondo privado no le informó que tenía un derecho pensional cierto al ser beneficiaria del régimen de transición por contar a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con más de 35 años de edad y más de 750 semanas de cotización.

Que la *AFP Colfondos S.A* no le informó que el valor de su pensión dependida directamente de la modalidad de retiro programado y que el monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés de mercado y el alto costo de la venta del bono pensional en el mercado secundario para un pensión anticipada, que el 22 de agosto de 2017 solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado de régimen y activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, peticiones que fueron negadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones S.A operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones e indicando que no le consta la asesoría brindada en el momento del traslado por el personal de la *AFP Colfondos S.A.*, por lo que dicha circunstancia debe probarse; que el entonces *Instituto de Seguros Sociales*, no omitió ningún deber de información, pues no tenía obligación de brindarla respecto al traslado que decidió realizar la demandante; que si bien es cierto la demandante era beneficiaria del régimen de transición por contar con más de 35 años de edad al 1º de abril de 1994, perdió dicha prerrogativa al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no contar con más de 750 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

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



Por su parte, *Colfondos S.A.*, se opuso a las pretensiones indicando que la demandante se trasladó de forma libre, voluntaria y espontánea, con el lleno de los requisitos legales exigidos y en señal de aceptación suscribió formulario de afiliación, que la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con el número de semanas requeridas para conservar el régimen de transición; asimismo, en uso del derecho de libre selección y escogencia los beneficiarios de cualquier régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que desean afiliarse y también poseen la facultad de trasladarse con sus respectivas consecuencias.

Señala también que la señora *Clara Inés Rodríguez Molano*, goza del estatus de pensionada desde octubre de 2016 y ha venido recibiendo su mesada pensional de manera permanente e ininterrumpida, por lo que conforme a las circulares externas de la Superintendencia Financiera de Colombia y el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 no es viable el traslado de régimen pretendido.

Propuso y sustentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, situación pensional consolidada – reconocimiento pensional, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica

1.4 DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y LITISCONSORCIO NECESARIO:

Colfondos S.A., presentó demanda de reconvencción contra la señora *Clara Inés Rodríguez Molano*, con el objeto que se declare improcedente la pretensión de nulidad del traslado realizado por la accionante y que en el evento de declararse, se condene a la accionante a reintegrar las sumas de dinero canceladas por concepto de mesadas pensionales debidamente indexadas; asimismo, llamó a juicio como litisconsorte necesario a *La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, por ser la entidad quien se vería afectada de prosperar las pretensiones de la demanda, en razón a que le fue reconocida pensión de vejez con garantía de pensión mínima y su bono pensional fue redimido ante la oficina de Bonos Pensionales de dicha entidad.

El apoderado de la señora *Clara Inés Rodríguez Molano* no se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvencción siempre y cuando se prueben,



ratificándose en los argumentos esgrimidos en el escrito de demanda inicial, indicando que la accionante recibió en primer lugar una suma por concepto de devolución de dineros de la cuenta de ahorro individual que no incluye el bono pensional y posteriormente se le dijo que tenía derecho a una pensión con garantía mínima compensándose esos dineros como retroactivo y anticipo de mesadas pensionales con el ánimo de legalizar saldos que no debieron haber sido entregados, no formuló medio exceptivo alguno.

Por su parte, *La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público* no fue llamada a juicio en atención a que las pretensiones están encaminadas a la declaratoria de nulidad del traslado y las resultas del proceso no afectan necesariamente los intereses de la Entidad, y de conformidad con el artículo 61 del CGP se encuentra debidamente integrado el contradictorio, decisión que fue avalada por esta Sala en providencia de fecha 11 de junio de 2019.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 18 de noviembre de 2019, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a *Colpensiones y Colfondos S.A.*, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, en cuanto a la demanda de reconversión no emitió pronunciamiento alguno dada las resultas de las pretensiones de la demanda principal.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se trasladó acertadamente a *Colfondos S.A* el día 22 de septiembre de 1994, atendiendo las circunstancias particulares que le rodeaban, como la situación del Instituto de Seguros Sociales, su ingreso base de cotización y expectativas laborales, sin que pueda calificarse su decisión dentro de la definición de error que vicie el consentimiento e independiente de sí estuvo precedida de la información suficiente para la toma de la misma.

Que conforme el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 no le es dable a los Fondos Privados rechazar las afiliaciones de las personas que cumplan los requerimientos de la solicitud de vinculación, que los beneficiarios del régimen de transición en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pueden afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con las consecuencias que estableció la misma Ley, como la eventual inaplicabilidad del régimen de transición y que conforme



pronunciamientos jurisprudenciales para el caso de quienes a 1º de abril de 1994 no contaran con 15 años de cotización, como es el caso de la demandante, no les es viable retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que es un hecho notorio que el Instituto de Seguros Sociales estaba una situación de crisis, razón por la cual, no fue alejada a la realidad la afirmación del asesor y en esa medida no fue inducida a error como si se tratará de un engaño, por lo que no existe vicio del consentimiento; en cuanto a dolo y la fuerza, no se acreditó que hubiera sido obligada adoptar la decisión del traslado y su consecuente suscripción del formulario, así como tampoco se acreditó por la parte actora quien aduce que se ha desplegado una conducta de esa naturaleza que se haya tenido la intención de causarle un perjuicio puntual y que para la fecha del traslado contaba con un número de semanas mínimo que no le permitía tener una expectativa de su reconocimiento pensional, que conforme con lo manifestado por la accionante no tiene la liquidez necesaria para rembolsar los dineros sufragados, por lo que conceder sus pretensiones le pondrían en una situación más gravosa.

III.- RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte actora *Clara Inés Rodríguez Molano.*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que el sentenciador de primer grado emitió una sentencia alejada de las pretensiones del libelo demandatorio, por cuanto solicitó la nulidad de la afiliación por omisión al deber de información y no por un vicio del consentimiento producto del error, la fuerza o el dolo; que la manifestación de la situación de crisis por la que pasaba el Instituto de Seguros Sociales por parte del asesor en su afán de capturar afiliados y la suscripción del formulario de afiliación por parte de su prohijada, no acredita el cumplimiento del deber de información y más si se tiene en cuenta que no está firmado por el empleador de la demandante para la época del traslado.

Que la AFP *Colfondos S.A* al indicar que en un primer momento que la demandante no contaba con la densidad de cotizaciones y realizar devolución de saldos y posteriormente haber concedido pensión de vejez con garantía de pensión mínima imputando esos dineros girados como pagos pensionales denota un error que no puede imputarse y causarle perjuicios a la accionante, por lo que solicita se revoque en su totalidad la sentencia y se compense el giro de esos dineros a título de daños y perjuicios.



IV.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia.

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Nulidad o ineficacia del traslado de régimen:

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

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



Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*



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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos



últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Ahora bien, una vez determinado lo anterior, se debe señalar que en el presente evento se presentan como particularidades que: (i) La accionante nació el día 29 de abril de 1957 (Fl 30) (ii) La actora se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 2 de mayo de 1975, según la historia laboral aportada al plenario (Fls. 98-101); (iii) No obstante, mediante formulario de afiliación del 22 de septiembre del 1994 se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP *Colfondos S.A.*; (iv) Para la fecha del traslado contaba con una densidad de 315,29 semanas cotizadas a *Colpensiones* (Fls. 98-101).

(v) La accionante solicitó pensión de vejez en el mes de julio de 2014. (Fl. 168); (vi) El día 6 de octubre de 2016 *Colfondos S.A.*, comunicó a la señora *Clara Inés Rodríguez Molano* el reconocimiento de la pensión de vejez con garantía de pensión mínima a partir del mes de octubre de 2016, reconociendo la suma de \$20.852.050 por concepto de mesadas dejadas de percibir desde el 29 de abril de 2014, fecha desde la cual cumplió la edad, hasta el 30 de septiembre de 2016 (Fl.169); (vii) El 9 de febrero de 2017 *Colfondos S.A.*, comunicó a la señora *Clara Inés Rodríguez Molano* el reconocimiento de la pensión de vejez con garantía de pensión mínima a partir del 1º de septiembre de 2020, en los siguientes términos:

“1. Mediante comunicado BP-R-I-L-9216-09-14 del 10 de septiembre de 2014, en validación de su cuenta de ahorro individual, se procedió a informar que a la fecha del estudio de pensión no tenía saldo suficiente para financiar una pensión de vejez y que contaba con un bono pensional el cual su redención normal se causa a fecha del 29 de abril de 2017. Por lo tanto, se procedió con la devolución de saldos de lo contenido a la fecha en su cuenta de Ahorro Individual, según objeción hecha por Colfondos S.A. a su solicitud de pensión de vejez.”

“2. Para la fecha de 2014, fecha de la definición usted contaba con 942 semanas en su historia laboral, por lo tanto, se encontraba por debajo de las mínimas requeridas para el estudio de Garantía de Pensión Mínima, mediante comunicado del 30 de enero de 2015 por parte de la Contraloría de Bogotá D.C., informó que presentaba inconsistencia en su historia laboral, puesto que el ingreso con el empleador Fondo de Garantías de Instituciones Financiera, se encontraba mal registrado y con esto las semanas registradas corresponden a 1.283 semanas, las cuales alcanza para la Garantía de pensión Mínima.

“3. Debido a los cambios que presentó el trámite del bono después de la decisión pensional, esta Administradora de pensiones evidencia que cotaba con semanas mayor a las 1.150, las cuales alcanzan para el estudio de Garantía de Pensión Mínima, por lo tanto, se procedió a remitir su caso al Ministerio de Hacienda y



Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales con el fin de que fuera reconocida la pensión de vejez con garantía de pensión mínima.

“4. Mediante comunicado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de bonos pensionales, es reconocida la pensión de vejez con garantía de pensión mínima.”

(viii) El día 22 de agosto de 2017 el apoderado de la actora solicitó nulidad del traslado de régimen ante la AFP *Colfondos S.A.*, sin mencionar la inconformidad presentada frente al reconocimiento de la pensión con garantía mínima, petición negada mediante comunicación de fecha 15 de septiembre de 2017 (Fls. 37-40); (ix) En el interrogatorio de parte rendido en el curso de este proceso la actora confiesa que solicitó ante la AFP *Colfondos S.A.*, pensión de vejez, que le realizaron devolución de saldos y que posterior a la corrección de semanas, le reconocieron pensión de vejez con garantía de pensión mínima (0:19:22); asimismo, admite que su intención luego de que *Colfondos S.A.*, le reconociera la pensión no era pensionarse si no la obtención de su bono pensional (0:22:56).

En ese orden de ideas, se evidencia que en principio la parte demandada, en quien recae la carga probatoria, no acreditó haber cumplido el deber de información frente al impacto pensional del traslado de régimen a la fecha en que se efectuó el traslado, en los términos señalados en los diversos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, la Sala debe analizar dentro de las particularidades del presente evento, la pérdida de la calidad de afiliada frente al reconocimiento pensional.

Condición de afiliado y pensionado:

Inicialmente debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de afiliados, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de afiliación que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*



Ahora bien, la accionante al haber realizado las gestiones para la obtención de su derecho pensional, haber recibido los dineros productos de la devolución de saldos y posterior aceptación de la pensión con garantía mínima, pues no obra en el plenario prueba alguna que demuestre lo contrario, dejó de ostentar la condición de afiliada, para consolidarse en su favor la condición de pensionada por vejez en los términos y modalidades seleccionadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se debe señalar que las calidades de afiliado y pensionado resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, verbi gratia, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado “no haya adquirido la calidad de pensionado”, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que *“Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema*, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, *dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”*.

En ese orden de ideas, estima la Sala en este evento que el hecho de haber solicitado y aceptado la garantía de pensión mínima de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad teniendo pleno conocimiento de las diferencias existentes frente al derecho pensional en cada régimen, hizo perder la calidad de afiliada, aunado a ello dicho reconocimiento data del mes de octubre de 2016 reiterado en comunicación del mes de febrero de 2017 y la aceptación del valor de los dineros girados en el año 2014 por concepto de devolución de saldos como retroactivo pensional, permite concluir que su derecho pensional no se le limitó o quebrantó.

Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de personas que habían adquirido el derecho pensional, contienen supuestos fácticos diferentes del presente evento. En efecto, la SL CSJ en sentencia con Radicación No. 31314, del 9 de septiembre



de dos 2008, trató el caso de un pensionado quien se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando había cumplido 62 años de edad, y se encontraba por ende, en la prohibición legal de trasladarse, situación fáctica disímil del presente evento, en el cual, la accionante verificó el traslado cuando le faltaban más de 10 de años para el cumplimiento de la edad mínima, aún si hubiese configurado su derecho bajo el amparo del régimen de transición con los requisitos exigidos por el acuerdo 049 de 1990.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia Radicación No. 31989, del 9 de septiembre de 2008, también analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, señalando que *“es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención”*, supuesto fáctico que también es disímil del presente evento, pues se reitera, la accionante no había consolidado su derecho a la pensión de vejez en el régimen de transición.

En ese orden de ideas, estima la Sala que, en el presente evento la acción no está encaminada por un afiliado, sino por quien ya alcanzó el derecho pensional según la prueba documental y confesión de la demandante en su interrogatorio de parte, verificándose el traslado cuando le faltaban más de 10 años para la edad mínima, por lo cual no existía una prohibición legal como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, en consecuencia, al haber aceptado la pensión por *Colfondos S.A.*, se tiene que adquirió el estatus de pensionada e incluso se ha beneficiado del valor de los dineros girados en un principio por concepto de devolución de saldos y posteriormente compensados como retroactivo pensional.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas. **SIN COSTAS** en esta instancia.



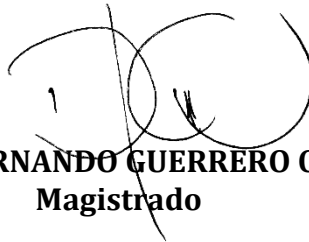
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

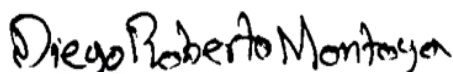
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **06 2016 00600 01**
Demandante: MARIA DULIA BARON JIMENEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
PENSIONES DE CUNDINAMARCA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Dulía Barón Jiménez*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá Distrito Capital, Departamento de Cundinamarca, Beneficencia de Cundinamarca y Fundación San Juan de Dios En Liquidación* para que se declare que la demandante es beneficiaria del incremento salarial pactado entre la Fundación San Juan de Dios y el Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Consultorios y Sanatorios de Bogotá D.C y el Departamento de Cundinamarca "SINTRAHOSCLISAS", pactado en el artículo décimo segundo de la Convención Colectiva de Trabajo, se declare que como consecuencia del incremento del salario, y la prima de antigüedad u ordenanza, para los años 2000 a 2002, dando lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación; se condene a las demandadas en forma solidaria a cubrir la reliquidación de la pensión de jubilación desde el 20 de septiembre del 2013, al pago de las diferencias pensionales y las costas procesales.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que la Fundación San Juan de Dios era una entidad privada y mediante Acta de Reconocimiento No 0063 del 28 de octubre del 2002 le reconoció la pensión de jubilación, que como empleada en la entidad fue beneficiaria de la Convención Colectiva suscrita con “Sintrahosclisas”.

Precisa que la pensión de jubilación fue reconocida con fundamento en el salario básico sin tener en cuenta el incremento salarial pactado para los años 2000 a 2002, al igual que para el cálculo de la prima de la prima de antigüedad u ordenanza, el promedio de prima de vacaciones, el promedio de prima de navidad y el promedio de prima de servicios.

Mediante acción de nulidad se tramitó ante los Jueces Administrativos la nulidad de los Decretos de orden Nacional 290 y 1374 de 1979, así como el 371 de 1998, proceso que culminó con fallo del 8 de marzo del 2005 y 24 de mayo del mismo año, por el Consejo de Estado que los declaró nulos.

Que el Gobernador de Cundinamarca, expidió el 21 y 30 de junio del 2006 los Decretos de orden Departamental mediante los cuales se ordenó la liquidación de la Fundación San Juan de Dios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, por no existir causa ni fundamento legal que permita concluir que dicha entidad tiene obligación legal o contractual alguna.

Propone como medios exceptivos los que denominó imposibilidad de pago por mandato del Auto 268 del 2016, inexistencia de la convención colectiva y por ende de los derechos reclamados, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio cumplimiento a lo ordenando en la SU 484 de 2008 y la genérica.

Por su parte, el Departamento de Cundinamarca se opuso a las pretensiones manifestando que la Fundación San Juan de Dios, no perteneció ni pertenece al Departamento.



Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de jurisdicción y competencia, falta de integración del litisconsorcio necesario, prescripción, falta de legitimación en la causa para ser demandada, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de la relación causal entre el Departamento de Cundinamarca y la demandante, inexistencia de sustitución patronal, de subrogación de obligaciones y de solidaridad, improcedencia de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo y la genérica.

El conjunto de derechos y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios y Hospitales: Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil, liquidado, se opone a las pretensiones indicando que no pretende desconocer el acta de reconocimiento de la pensión de jubilación y que en todo caso el presente asunto no corresponde a esta jurisdicción sino al contencioso administrativo.

Formuló y sustentó como excepciones las que denominó buena fe y la genérica.

La Beneficencia de Cundinamarca, por su parte se opuso a las pretensiones afirmando que la demandante jamás laboró para dicha entidad.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de competencia y cobro de lo no debido.

Con auto del 26 de octubre del 2018 se dispuso la integración del litisconsorcio necesario respecto de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, entidad que dio contestación a la demanda en la que se opuso a las pretensiones en razón a que los exfuncionarios del Hospital San Juan de Dios fueron liquidados sin cumplir los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de pensiones de empleados públicos, calidad que ostentó la demandante.

Propuso como medios exceptivos los de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019, decidió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión aduce que advirtiendo que el conjunto de derechos y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios y Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil liquidado, alegó en la contestación de la demanda, la calidad de empleada pública de la demandante que resalta que en juicio se probó que con la documental que cobra a folios 11 y 12, que la accionante, María Dolía Barón Jiménez, se vinculó con la fundación San Juan de Dios, Hospital San Juan de Dios, desde el día 6 de octubre de 1982, hasta el día 1º de noviembre de 2002, desempeñando el cargo de parrillera en sección nutrición.

Lo anterior, siguiendo las reglas contenidas en la Ley 10 de 1990, artículo 26, corresponde colegir que, si bien en el juicio se probó que la demandante se desempeñó como parrillera, sección nutrición, se resalta que la parte actora a quien correspondía la carga probatoria regulada por el artículo 167 del C.G.P, no acreditó las funciones del cargo atrás citado.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que indica que no es de recibo que por activa se deba acreditar el cumplimiento de funciones que la encasillaran dentro de la categoría de una trabajadora oficial, toda vez que en el texto de la demanda no se afirmó que la entidad para la cual prestó sus servicios tenía la condición de entidad pública.

Que ostenta la calidad de trabajadora particular por cuanto la Fundación San Juan de Dios es un ente privado, y en virtud de lo estipulado en el artículo 416 del C.S.T, los beneficios de la convención colectiva cobijan a todo el personal de trabajadores, sin distinguir empleados públicos y trabajadores oficiales.

Refiere que la Fundación San Juan de Dios fue creada por el Decreto 2374 de 1979 como un ente eminentemente privado, siendo así reconocido por las diferentes entidades públicas sanitarias, como el Ministerio de Salud al otorgarle reconocimiento de personería jurídica por la Resolución No. 6454 de septiembre de 1978, ratificado por la oficina de registros de la Secretaría Distrital de Salud;



por otra parte en sentencia del Consejo de Estado del 8 de marzo del año 2005, se estableció que los decretos que creaban la Fundación San Juan de Dios violaban preceptos claros de la Constitución, providencia que de tener efectos retroactivos desconocería el artículo 88 del CPACA, el cual preceptúa que los actos administrativos se presumen ajustados a la ley, mientras no sean declarados ilegales por la justicia competente; finalmente, que el estimar que la Fundación no existió como ente privado, desconocería derechos consolidados.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse el estatus administrativo laboral de la accionante, y si tiene derecho a la reliquidación pensional.

c. Naturaleza Jurídica de la entidad

Previo a descender en el estudio de las pretensiones de la demanda, se hace necesario establecer la naturaleza jurídica de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS EN LIQUIDACIÓN, con quien la demandante alega, existió un contrato de trabajo a término indefinido.

Al respecto, resulta importante traer a colación la sentencia SU-484 de mayo 15 de 2008, en la que la H. Corte Constitucional señaló:

"3. (i) La historia jurídica de la Fundación San Juan de Dios.

Corresponde a la Corte en este aparte, realizar una remembranza de la historia jurídica de la Fundación, para lo cual se destacarán los momentos más importantes que desde sus inicios den luces sobre su génesis, transformaciones y entidades responsables, así:



- *El 21 de octubre de 1564 el primer arzobispo de Santa fe, Fray Juan de los Barrios y Toledo, otorgó escritura pública ante el presidente Don Andrés Díaz Venero de Leyva, donando unas casas de su propiedad, para que se destinaran a un hospital sin personería jurídica autónoma con bienes dirigidos con el fin de atender a los pobres tanto españoles como de la ciudad de Santa fe, que se llamó San Pedro y por disposición de su fundador tendría el patronato de los arzobispos de Santa fe. En la práctica fue simplemente un legado para una obra caritativa de origen eclesiástico para fundar un hospital de caridad.*
- *En 1630 Felipe III dio el permiso necesario para que la orden de los hospitalarios se hiciera cargo del hospital de San Pedro de Santa fe, porque el hospital ocupaba un local estrecho.*
- *Para el año 1723 se empezó a constituir otro al occidente de la ciudad al cual se trasladó posteriormente el hospital San Juan de Dios. Junto con las donaciones de varios Frailes se continuó la edificación de la obra, la que se terminó en 1739 y se llamó hospital JESUS, MARIA y JOSE, quedando finalmente denominado SAN JUAN DE DIOS. El anterior edificio donde estaba ubicado el San Juan de Dios fue demolido y con el dinero recogido proveniente de la venta de las casas que ocupaba se construyó el segundo.*
- *Posteriormente, en 1834, La Cámara de Provincia de Bogotá expidió un decreto el 13 de octubre, en el que establecía que los religiosos del San Juan de Dios no eran dueños de los hospitales ni de sus rentas y limosnas, sino unos asistentes de los hospitales y de sus pobres.*
- *El 5 de mayo de 1835 esa misma corporación declaró que el Hospital de San Juan de Dios de la ciudad de Bogotá, hacia parte de su patrimonio como una obra de beneficencia fundada por el primer Arzobispo Fray Juan de los Barrios y Toledo. Ese mismo año, el Congreso de la República suprimió todos los conventos hospitalarios existentes en la República.*
- *En 1869, la Asamblea legislativa del Estado de Cundinamarca mediante ley del 15 de agosto de ese año, creó la "Junta General de Beneficencia" la cual se encargó de la inspección y dirección de los establecimientos de beneficencia y caridad del Estado. Se dispuso que este sistema de administración se siguiera aplicando hasta el 31 de diciembre de 1869, considerando al Hospital San Juan de Dios como un Establecimiento de Beneficencia del Estado.*
- *En 1911 por medio de la ley 63, la Nación compró los terrenos conocidos como "Molino de la Hortúa".*
- *En 1912 la ordenanza 37 reafirmó que el Hospital San Juan de Dios no era para entonces persona jurídica autónoma sino que se encontraba a cargo de la Junta de Beneficencia.*
- *Por otra parte, en 1917 se cedió el terreno conocido como "Molino de la Hortúa" al Departamento de Cundinamarca para la construcción de centros siquiátricos y hospicios para indigentes. La escritura pública correspondiente, se corrió en el mismo 1917.*
- *Ya para 1919 a través de la ley 47 se autorizó que dicho predio se destinara para complementar el Hospital San Juan de Dios. Igualmente, En 1919 por medio de la ordenanza 48 expedida por la Asamblea de Cundinamarca, se autorizó también a la Beneficencia de Cundinamarca para vender los inmuebles del hospital y con su producto construir un nuevo Hospital San Juan de Dios ahora ubicado en La Hortúa que solo empezó a funcionar a partir de 1925. Jurídicamente, el hospital funcionó sometido a las leyes españoles como un patrimonio dedicado a la destinación de la utilidad común que le señaló a su fundador, y luego al sobrevenir la independencia*



y la República se consideró como una entidad sometida al Estado soberano de Cundinamarca y más adelante a la Beneficencia del mismo departamento.

- *En **1966** se conforma una sola institución en conjunto con el Instituto Materno Infantil.*
- *A partir de **1974**, luego de expedirse el Decreto 01357, se constituyó a la Beneficencia de Cundinamarca como establecimiento público del orden departamental pasando el patrimonio del hospital San Juan de Dios a esta entidad. Al mismo tiempo, se expidió otro Decreto que organizó a la Fundación San Juan de Dios como una entidad de utilidad común, sin ánimo de lucro, con patrimonio propio y de derecho privado.*
- *En **1975** mediante la ordenanza 58 se autorizó al Gobernador y a la Beneficencia para celebrar con la Universidad Nacional un comodato con los inmuebles parte del Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil; contrato que finalizó en **1977** con la expedición de la ordenanza 22; por lo tanto los bienes del hospital continuaron siendo de la Beneficencia de Cundinamarca. En ese mismo año, el Ministerio de Salud (resolución 5464 del 19 de Agosto) asumió la dirección administrativa y técnica del centro hospitalario que se mantuvo hasta el 31 de diciembre de **1978**; en este lapso de tiempo el hospital continuó cumpliendo la finalidad que le señaló el fundador: “ocuparse de brindar servicios hospitalarios a los pobres”. Adviértase que con los decretos 1875 y 5904 de esa anualidad, se determinó que la dirección se ejecutaría por intermedio del Servicio de Salud de Bogotá.*
- *En **1979** se dictó el decreto 290, y en aplicación al artículo 650 del Código Civil, el presidente consideró que la institución y su patrimonio eran de origen privado, con personería jurídica y tuvo en cuenta la finalidad perseguida por el fundador. El decreto de 1374 del mismo año fijó la reorganización del mencionado establecimiento hospitalario y lo integra con otros hospitales generales y el materno infantil, todos adscritos al Sistema Nacional de Salud¹.*
- *En **1980** se inició el traspaso de los bienes del San Juan de Dios a la beneficencia. Ulteriormente el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil expidió un concepto el 14 de Mayo de **1985** señalando que los decretos del 15 de febrero de 1979 y del 8 de Junio de 1979 deberían aplicarse mientras no fuesen anulados. Además que el San Juan de Dios fue concebido como una institución pública de carácter departamental, administrado por la beneficencia de Cundinamarca y luego por la Fundación San Juan de Dios e intervenida por el Ministerio de Salud pero siempre continuó siendo parte del patrimonio del departamento de Cundinamarca.*
- *Más tarde, en el **2002** el Congreso de la República estatuyó la fundación San Juan de Dios como patrimonio cultural de la Nación, lo que representa una limitación en su uso y destinación (Ley 735).*

El Consejo de Estado, en el año 2005, mediante sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el día 18 de marzo, dispuso que los actos acusados tanto el del 15 de febrero como el del 8 de Junio de 1979 y el del 23 de febrero de 1998 violan normas de orden superior y que se refieren a la Constitución del 1886,

¹ El decreto estableció que la Junta Directiva de la Fundación San Juan de Dios, estaría conformada por:

- Ministro de Salud: Presidente de la Junta y Representante legal.
- Gobernador del Departamento de Cundinamarca o su delegado.
- Alcalde Mayor de Bogotá o su delegado.
- Arzobispo de Bogotá o su delegado.
- Un representante de la Beneficencia de Cundinamarca o su delegado.



así como a la Carta de 1991, debido a la falta de competencia del Gobierno nacional para tomar decisiones sobre la administración del Hospital San Juan de Dios, pues estas debieron ser tomadas por los órganos de orden departamental del Cundinamarca. Por lo tanto, declaró la nulidad de los actos demandados, lo cual trajo como consecuencia jurídica la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de reconocimiento de personería jurídica en la medida en que de acuerdo con el C.C.A. han desaparecido los fundamentos de hecho y de derecho por lo tanto operan ipso jure.
..."

"La declaratoria de nulidad de dichas normas trajo como consecuencia que las entidades que conforman la Fundación San Juan de Dios, es decir, el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS y el INSTITUTO MATERNO INFANTIL, regresaron a la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA. Al analizar la naturaleza jurídica de esta entidad, se tiene que es un establecimiento público del orden Departamental, adscrito a la Secretaría de Salud, con personería Jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio Independiente.

"En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 3 de 1986 y el artículo 233 del Decreto Reglamentario 1222 del mismo año, las personas que prestan servicios a los Departamentos y establecimientos públicos del orden departamental, naturaleza que tiene la demandada, son empleados públicos. Por su parte, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales".

En igual sentido, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 8 de marzo de 2005, que declaró la nulidad de los Decretos 290 de 1979², el 1374 de 1979³ y el 371 de 1998⁴, los que consagraban la naturaleza jurídica privada de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS. Por lo tanto, una vez declarados nulos, su propiedad retornó a la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA, establecimiento público del orden departamental, lo que determinó que sus servidores recuperaran la condición de servidores públicos.

Al respecto, debe precisarse que la sentencia proferida por el Consejo de Estado que declaró la nulidad de los decretos arriba citados, tiene efecto jurídico *erga omnes* y además produce efectos *ex tunc*. Quiere decir, que se debe partir del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jurídica jamás. Por ello, la propiedad de la FUNDACIÓN retornó a la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA, establecimiento público del orden departamental.

Criterio por demás compartido por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la cual, en reiterados pronunciamientos en los que por demás ha puntualizado en lo que respecta a reparos como los formulados por el hoy demandante, que en modo alguno la declaratoria de nulidad por parte del Consejo de

² "Por el cual se suple la voluntad del fundador y se adoptan disposiciones en relación con la Fundación San Juan de Dios"

³ "Por el cual se adoptan los estatutos de la Fundación. San Juan de Dios"

⁴ "Por el cual se suple la voluntad del fundador y se reforman los estatutos de la Fundación San Juan de Dios"



Estado, implica que solo serían empleados públicos a partir de la declaratoria de la nulidad.

Vale la pena recordar que en reciente pronunciamiento efectuado por *la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral* en sentencia SL-132 del 29 de enero del 2020, indicó:

“Así mismo, corresponde advertir que aunque el colectivo incurrió en varios tropiezos conceptuales, el ataque no tiene vocación de prosperidad por las razones que se pasan a explicar.

“Es cierto que los efectos ex tunc de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de carácter general no pueden afectar derechos consolidados de los administrados, lineamiento que fue el acogido por el Tribunal, pero que no aplicó adecuadamente por cuanto el específico tema del reajuste salarial que buscaba la demandante, no se había consolidado, y por ello, no podía pasar a revisarlo.

“Con esa postura el juzgador desató la directriz jurisprudencial que sobre el particular existe e incluso desconoció el texto de la providencia proferida por el Consejo de Estado el 8 de marzo de 2005, cuando dijo: «la declaratoria de nulidad de los actos acusados trae como consecuencia jurídica el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de personería, a la luz de lo consagrado en el artículo 66, numeral 2, del C.C.A en la medida que han desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho, circunstancia esta que no requiere de pronunciamiento judicial, sino que opera de pleno derecho por expreso mandato legal».

“De tal suerte que el incremento del 18.5% al salario base y la consecuente afectación en primas y otros derechos extralegales, que se encontraba en debate antes de la expedición de la mentada providencia, no podían ser auscultados por el juzgador de la alzada.

“Como insistentemente se ha dicho, los efectos ex tunc de los pronunciamientos de nulidad implican que, «desde siempre», los actos administrativos anulados se retiraron del ordenamiento jurídico; así el Consejo de Estado en Sentencia del 2 de abril de 2009, radicación 2007 – 00036, indicó:

“Esta Corporación ha precisado en reiterados pronunciamientos que la nulidad de un acto administrativo declarada por la vía jurisdiccional implica el reconocimiento de que desde su expedición estaba viciado. Razón por la cual, la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, es decir, que desaparece el velo de su aparente legalidad, desde el momento mismo de su emisión, lo que hace que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su expedición, no teniendo vocación de generar ningún efecto jurídico [...].

“Y en ese mismo sentido esta Sala, dentro de controversias suscitadas contra la misma Fundación demandada, entre otras, en la sentencia CSJ SL5170-2017, razonó:

“Al tenor de lo visto, evidentemente el Tribunal incurrió en el yerro de apreciación jurídica que le enrostra el cargo, pues estando definido por el juez límite de lo contencioso administrativo, en la sentencia citada por el primer funcionario de juzgamiento, que los trabajadores de la fundación demandada, deben asumirse como servidores públicos de la Beneficencia de Cundinamarca, no podía rebelarse contra ese precedente, disponiendo lo



contrario en relación con la demandante, al considerarla como trabajadora del sector privado, con fundamento en que en la Resolución 10869 del 6 de diciembre de 1979, el Ministerio de Salud le había reconocido a la fundación demandada la condición de persona jurídica de derecho privado, máxime si se tiene presente que en el mismo proveído, el Consejo de Estado dejó sentado que la nulidad de los decretos arriba mencionados, “trae como consecuencia jurídica el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de personería, a la luz de lo consagrado en el artículo 66, numeral 2, del C.C.A.”, razonamiento de autoridad que deja ver que en la sentencia gravada con el recurso extraordinario, el juzgador le otorgó efectos a un acto de la administración que ya había sido sustraído del ordenamiento jurídico por la autoridad jurisdiccional investida de competencia para hacerlo.

“Pero además, si hubiera podido desconocer los efectos ex tunc y abordar el análisis de la demanda, también habría tenido que percatarse que por efecto del pronunciamiento del Consejo de Estado la Fundación San Juan de Dios retornó a la Beneficencia de Cundinamarca, establecimiento público de orden departamental, en el que por regla general sus servidores son empleados públicos, y ante la ausencia probatoria de haber desempeñado alguno de los cargos de excepción, debió predicar que no era beneficiaria de los acuerdos convencionales.

“Olvidó el juez de apelaciones que el tipo de vinculación de los servidores del Estado depende de la naturaleza jurídica de la entidad a la que prestan sus servicios en conjugación con la de las labores que desarrollen, pero en manera alguna del querer de éstas.

“No obstante lo ya dicho, como el Tribunal determinó absolver a la demandada, conclusión a la que igualmente arribaría la Sala en la medida que la parte actora no demostró haber sido trabajadora oficial beneficiaria de los acuerdos extra legales, los cargos no prosperan.” (Negrillas fuera de texto)

Providencia que sea del caso indicar, se sirve de los mismos supuestos de hecho del caso que hoy nos ocupa, por cuanto en dicha oportunidad se analizó el caso de un trabajador que laboró del 1° de julio de 1982 al 28 de octubre del 2002 y en el *sub-lite* la demandante laboró para el Hospital San Juan de Dios del 8 de octubre de 1982, igualmente hasta el 1° de noviembre del 2002, a más que en ambos procesos el *petitum* es similar.

Así pues, al tener dicha entidad la calidad de Establecimiento Público por regla general sus trabajadores ostentaran la calidad de empleados públicos, con excepción de aquellos que se dediquen a la construcción y sostenimiento de obras públicas, conforme lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, al descender al *sub examine* corrobora la Sala lo asentado por el fallador de primera instancia en cuanto a que, acorde al material probatorio arrojado a las diligencias la demandante se desempeñó en el cargo de Parrillera (Fl 11). No obstante, no milita prueba alguna que nos permita inferir cuales fueron las funciones desempeñadas por la misma, situación que de contera impide que se pueda establecer



si realmente se dedicaba a las labores propias de la construcción y sostenimiento de obras públicas, ostentando la calidad de trabajadora oficial, presupuesto indispensable para que esta Corporación pueda desatar el objeto de la litis, con arreglo las reglas de competencia previstas en el artículo 2° del C.P.T y la S.S.

De esta forma, es patente que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le incumbía, por cuanto no acreditó los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuyo efecto persigue en el presente proceso, acorde lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S.

Por lo previamente enunciado, resulta lógica la confirmación de la sentencia que fuere proferida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:


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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
SALVO VOTO



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

Ordinario Laboral 1100131050 07 2018 00423 01
Demandantes: ANA MARÍA VARGAS WILLS
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

En consideración a la sustitución del poder allegada por la AFP *Porvenir S.A*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor *Fredy Quintero López* identificado con C.C. No. 79.581.111 y T.P No. 278.643 del CSJ en calidad de apoderado de la entidad.

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *Linda Vannesa Barreto Santa María* identificada con C.C No. 1.013.637.319 y T.P 280.300 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones*, y *Porvenir S.A.*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 13 de diciembre del 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ana María Vargas Wills*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, *Old Mutual S.A* y *Porvenir S.A*, para que se declare la ineficacia de la afiliación del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con



Solidaridad, así como la de todas las afiliaciones posteriores y en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En consecuencia, solicita se condene a *Old Mutual S.A* a reintegrar a *Colpensiones* la totalidad del capital acumulado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se condene a *Colpensiones* a activar la afiliación de la demandante, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació el 4 de enero de 1963 y comenzó a cotizar en el *Instituto de Seguros Sociales* el 20 de enero de 1987; no obstante, *Porvenir S.A* la convenció de trasladarse de régimen en diciembre de 1998, sin explicarle las desventajas de dicha decisión, ni las implicaciones de la misma.

Posteriormente, el 26 de enero del 2005 se afilió a *Skandia, hoy Old Mutual S.A*, entidad que tampoco le suministró la información correspondiente y a la cual se encuentra afiliada a la fecha.

Que el 12 de enero del 2018 radicó ante la AFP *Porvenir S.A* solicitud de ineficacia o nulidad, el 15 de enero del mismo año ante la AFP *Old Mutual S.A* y el 16 de enero de la misma anualidad a *Colpensiones*.

Con auto del 25 de octubre del 2018 se vincula a *Protección S.A*, disponiéndose su notificación por parte del demandante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que se oponía a las pretensiones incoadas en su contra como quiera que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU- 062 del 2010 y la afiliación realizada a la AFP fue efectuada con el lleno de los requisitos legales.

Propuso y sustentó como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida,



prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Por su parte, *Old Mutual S.A* contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es completamente válida y no adolece de ningún tipo de vicio susceptible de nulidad.

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

A su vez *Protección S.A* en su escrito de contestación se opone a las pretensiones indicando que la afiliación fue un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza.

Presenta como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, la genérica, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y traslado de aportes a *Old Mutual S.A*.

A su turno *Porvenir S.A* en su escrito de contestación se opone a las pretensiones aduciendo que la afiliación realizada a la demandante es válida, por cuanto no se hizo en contra de ninguna prohibición legal.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 13 de diciembre del 2019, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante con el fondo *Porvenir S.A* y los realizados entre AFP; ordenó a *Old Mutual Pensiones* y



Cesantías a trasladar la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a *Colpensiones* y ordenó a esta última a recibir a la demandante como su afiliada, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a los fondos demandados.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media hasta que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que obre en el expediente prueba alguna que acredite que la actora recibió por parte de la AFP la información veraz, clara, precisa, completa y comprensible respecto de las ventajas y desventajas del régimen de traslado. Que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, el deber de información ha existido desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y las Aseguradoras de Fondos de Pensiones desde su fundación tienen la obligación de brindar la información al detalle a sus posibles afiliado.

Que la omisión al deber de información acarrea la ineficacia, en aras de garantizar los principios de buena fe y transparencia en la elección del régimen que más le convenga. Señala que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, pues para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 33 años de edad y 80 semanas de cotización, no obstante, conforme la sentencia SL2136-2014, cuando se presenta controversia frente a traslados entre regímenes pensionales, lo que se analiza es si el acto jurídico que lo generó resulta ineficaz independiente si el peticionario es o no beneficiario del régimen de transición, en aplicación del artículo 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil; que en el presente asunto la AFP *Porvenir S.A* no acreditó que sus actuaciones se ciñeron al principio de la buena fe, otorgando la información veraz y completa, pues la suscripción del formulario no acredita que la demandante conocía las implicaciones del traslado de régimen y dicho medio probatorio resulta insuficiente para soportar el cumplimiento del deber de información.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, que no prospera por afectar un derecho de carácter pensional, y en lo que respecta al reconocimiento del derecho pensional, la actora no cuenta con la densidad mínima de semanas exigidas por la Ley, pues conforme la historia laboral aportada al plenario a folios 15 a 29, la actora cuenta con 1.069 semanas de



cotización y acorde el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 aplicable a su caso, requiere 1.300 semanas para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

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

La apoderada de la demandada *Colpensiones* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que debe ser absuelta teniendo en cuenta que los traslados realizados por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fueron de forma libre y voluntaria, por tanto, tienen plena validez. Aduce que la demandante tenía obligaciones a su cargo, como era estar informada y leer el formulario de afiliación; la demandante se trasladó en varios fondos privados, teniendo la oportunidad de retornar a *Colpensiones* sin haberlo efectuado en cualquier momento, además por no ser beneficiaria del régimen de transición no puede regresar en cualquier tiempo, sino que debe ser antes de que le faltara menos de 10 años para pensionarse.

Solicita se tenga en cuenta que no fueron demostrados ninguno de los vicios del consentimiento den los términos del artículo 167 del C.G.P, y que si bien es cierto no se aportó prueba escrita de la asesoría, la actora dio cuenta de su existencia y el hecho de ser verbal, no le resta validez.

Solicita se tenga en cuenta el tema de la sostenibilidad financiera, pues han transcurrido más de 20 años desde la fecha del traslado, en los cuales no aportó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ni tampoco se cobraron gastos de administración por parte de *Colpensiones*.

Igualmente solicita ser absuelta de las costas procesales acorde al artículo 48 de la C.P, toda vez que la seguridad social es un servicio público y sus recursos no pueden ser utilizados para un fin distinto.

Por su parte *Porvenir S.A* manifiesta que se evidencia que no se vulnera el acto de afiliación, pues esta se realizó dentro de los parámetros legales para dicha época, en la cual no existía la obligación de guardar soporte escrito de la asesoría.

No es de recibo que la Ley 100 de 1993 contempla dos regímenes pensionales diferentes y aunque las demandantes manifiesten que no es el monto de la



pensión lo que genera su traslado, esta es la única razón por la cual se presenta la demanda, más no porque la demandada haya actuado de mala fe. Solicita ser absuelta de la condena en costas por cuanto aduce que ha actuado de buena fe.

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

VI.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia.

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del



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

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

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

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



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

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba



de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 30 de diciembre de 1998, a *Protección S.A* del 18 de noviembre del 2002, a *Skandia* hoy *Old Mutual* del 26 de enero de 2005 (Fl 86), en los que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, limitándose a indicar que nunca le brindaron ningún tipo de información y que se trasladó porque para la data del traslado se venía diciendo que el *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar, pero no fue sino hasta pasados varios años que se dio cuenta del error del traslado cuando varios de sus amigos se estaban pensionando, momento en el cual llamó a la AFP para solicitar el traslado, pero le manifestaron no ser factible.



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

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

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

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

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

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

En lo que respecta a la carga probatoria, justo resulta tener en cuenta lo expresado por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019 en donde trae a colación su tesis que indica que las AFP tienen el deber de proporcionar la



información completa y comprensible en materias de alta complejidad y no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, en los siguientes términos:

“Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

“Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”

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

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

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



reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Frente al reparo efectuado por ambas entidades apelantes, en cuanto a la condena en costas procesales de primera instancia impuestas por el *a-quo*, esta se mantiene incólume de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del CGP y el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 emanado por el Consejo Superior de la Judicatura, que establecen que ha de condenar en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien pierda el incidente por él promovido, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, en ese orden la persona llamada a juicio y vencida en el mismo, tiene la carga de asumir las costas que en la actuación judicial se ocasionen, sin necesidad de examinar si hubo culpa o mala fe en quien promovió el proceso, recurso o incidente o se opuso a él y resultó vencido.



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

V.- DECISIÓN:


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

RESUELVE:

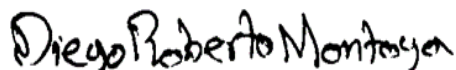
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de diciembre del 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral **110013105017 2018 00512 01**
Demandante: MARTHA AMELIA SUÁREZ BARRERA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

En consideración a la sustitución del poder que fuere allegada por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de la demandada a la Doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con C.C No 31.486.436 y T.P 303.924 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación propuesto por *Colpensiones*, así como a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de dicha entidad la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Marta Amelia Suárez Barrera* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos que se declare que en su calidad de cónyuge supérstite le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del señor *Luis Enrique Talero Parra*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, y se declare que le asiste derecho al pago del retroactivo pensional desde el 2 de noviembre de 2017.



En consecuencia, peticiona se condene a *Colpensiones* a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes, al pago del retroactivo pensional desde el 2 de noviembre de 2017, los intereses moratorios y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 10 de noviembre de 1976, trabajó para el señor *Luis Enrique Talero Parra* en la casa de habitación ubicada en la diagonal 137G No 1G-15 sur Guacamayas; se desempeñó en el área de servicios generales desde el 2001.

Precisa que en el 2003 fallece la cónyuge del señor *Luis Enrique Talero Parra*, *iniciando* una convivencia desde agosto del 2003 hasta el 2 de noviembre del 2017. Precisa que dependía económicamente del causante y era su beneficiaria en Compensar E.P.S.

Agrega que el causante ingresó al centro penitenciario La Modelo en el mes de junio del 2009 y permaneció 3 meses detenido hasta el mes de agosto del 2009, que decidieron habitar a la casa de la señora *Marta Amelia Suárez*, hermana de la demandante y estuvo con él hasta la fecha de su fallecimiento acaecido el 2 de noviembre de 2017.

De otra parte, explica que *Luis Enrique Talero Parra* era pensionado en *Colpensiones*, percibiendo una mesada pensional de \$949.379, efectiva a partir del 3 de noviembre del 2006, por lo que el 14 de diciembre del 2017 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pero la misma le fue negada mediante la Resolución SUB 19344 del 23 de enero del 2018; que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación el 2 de febrero del 2018, el cual fue despachado desfavorablemente a través de la Resolución DIR 3290 del 14 de febrero del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la demandante no demuestra haber causado ningún derecho de acuerdo a la legislación imperante para la época.



Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, no configuración del derecho al pago del I.P.C ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 6 de diciembre del 2019 declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y prescripción; declara que a la demandante le asiste derecho de forma vitalicia y en calidad de compañera supérstite del señor *Luis Enrique Toledo Parra*, a la pensión de sobrevivientes a partir del 2 de noviembre del 2017, en cuantía inicial de \$1.266.635, junto con los reajustes anuales y las mesadas adicionales de diciembre; condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar al demandante, por concepto de mesadas causadas entre el 2 de noviembre del 2017 y el 30 de noviembre del 2019, la suma de \$35.903.651 y en adelante, a partir del 1° de diciembre de ese año, una mesada de \$1.360.366 y en adelante con los reajustes anuales; autorizó a la entidad demandada para descontar del retroactivo el valor de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, condenó a *Colpensiones* a pagar los intereses causados a partir del 14 de febrero del 2018, liquidados sobre cada una de las mesadas causadas desde el 2 de noviembre del 2017, liquidados mes a mes, aplicando la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago a cargo de *Colpensiones*, absuelve a la demandada de la indexación pretendida y la condena en costas.

Como sustento de su decisión adujo que el señor *Luis Enrique Talero Parra* al momento de su fallecimiento ostentaba la calidad de pensionado por parte de *Colpensiones*, conforme se corrobora con la Resolución que obra en el expediente administrativo, y de la cual se extrae que al causante se le reconoce una pensión de vejez a partir del 3 de noviembre de 2006, en cuantía inicial de \$949.379, quien falleció el 2 de noviembre del 2017.



Precisa que conforme a las documentales obrantes y las declaraciones de los testimonios rendidos, se logra corroborar que en efecto la demandante demostró que mantuvo una relación sentimental con el señor *Talero Parra*, conviviendo por espacio superior a 5 años, y por ende acredita la calidad de beneficiaria.

Por esa razón se condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar la prestación pensional materia de pretensión por parte de la actora, ahora, para referir el monto de la prestación pensional tiene en cuenta que la pensión de vejez reconocida inicialmente al causante fue en el año 2006 de \$942379, arrojando un retroactivo de mesadas causadas desde el 2 de noviembre 2017 hasta el 30 noviembre de 2019 de \$35'903.651.

Asimismo, y habiéndose dado prosperidad a las pretensiones de la actora se autorizará a *Colpensiones* para que el valor de retroactivo reconocido a la demandante descuenten el valor que corresponde con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA Y APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de primigenia, la pasiva interpone recurso de apelación en el que en suma indica que durante la investigación administrativa que realizó, se colige que el señor *Juan de Jesús Vivas Martín*, quien fue un testigo directo, manifestó que no le consta la convivencia de manera permanente de la señora *Martha Amelia Suárez* con el señor *Luis Enrique Talero*, por lo cual no acreditó el requisito de la convivencia.

Que la sala laboral de la Corte mediante sentencia 4925 de 2015 indicó que la Comunidad de vida forzada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable el apoyo económico y asistencia solidaria de acompañamiento espiritual que refleja el propósito realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable a la par convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado y la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable permanente y firmes de mutua comprensión, soporten los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico camino hacia un destino común de lo cual se concluye que los encuentros pasajeros casuales o esporádicos e incluso las relaciones que a pesar de ser prolongadas no ostenten



las condiciones necesarias de una comunidad de vida no son una relación permanente.

De otra parte, como quiera que la demanda fue adversa a *Colpensiones*, se dispuso el análisis de la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, por fungir La Nación como garante de dicha entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional anhelada.

c. De la calidad de pensionado del causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor *Luis Enrique Talero Parra*, le fue concedida la pensión de vejez mediante Resolución No. 28286 de 2007 y que falleció el 12 de noviembre del 2017 (Fl 20).

d. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional

Teniendo en cuenta que el deceso del causante data del 12 de noviembre del 2017 (Fl 20), es patente que el derecho pensional deprecado debe ser analizado a la luz de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca,



teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. Lo anterior, en tanto la accionante cuenta con más de 30 años de edad.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL- 1730 del 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

c. Del caso en concreto:

En el *sub-lite*, la señora *Marta Amelia Suárez Barrera* reclama el derecho a la sustitución pensional del causante, aseverando como fundamento de su *petitum*



que desde el mes de agosto del 2003 hasta la fecha del deceso del causante, convivió con el mismo en calidad de compañera permanente, de forma ininterrumpida, con excepción de un espacio de tres (3) meses de junio a agosto del 2009, durante los cuales afirma que el causante estuvo recluido en el centro penitenciario La Modelo.

Afirmación que soportó mediante las declaraciones de los testigos *Hermógenes Caicedo Quiñones* y *Ligia Rey Moreno*, quienes afirman que fueron vecinos del causante y lo conocieron desde el año 2003, por lo que les consta que este convivía inicialmente con su cónyuge, y por su estado de salud, la demandante arribó como trabajadora hasta la fecha de su deceso, en agosto de 2009, precisando que con posterioridad a dicha data el señor *Luis Enrique Talero Parra (Q.E.D)* inició una relación sentimental con la hoy demandante; que inicialmente convivieron en la misma casa de habitación, posteriormente tras estar el causante privado de su libertad, habitaron en la casa de la hermana de la accionante, y finalmente arrendaron una casa, conviviendo de esta manera de forma permanente hasta la fecha de su deceso, siendo el causante quien sufragaba los gastos del hogar a través de su pensión y la venta de dulces.

Precisando el señor *Hermógenes Caicedo* que fue el propio causante quien le comentó sobre la relación sentimental con la hoy demandante y que en alguna oportunidad habló con la hija del causante, quien le expresó que tenía conocimiento de dicha relación. A su turno, *Ligia Rey Moreno* sostiene que visitó varias veces a la pareja en la casa en la cual convivieron hasta la dada del deceso del finado, explica que la última vez que visitó la casa de ellos fue el día anterior en que el causante sufrió un infarto y que la demandante fue quien realizó los trámites del funeral, lo cual conoce por cuanto le brindó acompañamiento en esos momentos.

De otra parte, encuentra la Sala que en el Expediente Administrativo se puede corroborar que los gastos funerarios fueron sufragados por la hoy demandante a la Central Cooperativa de Servicios Funerarios – Coopserfun (CD Fl 76).

Asimismo reposa el Informe Técnico de Investigación en el cual se determina que el causante estuvo casado con la señora *Carlota Durango* con quien procreó a *María Talero Durango* (de 37 años); que durante la labor de campo realizada en



el Barrio La Colmena, en el último domicilio del causante, fue entrevistado el señor *Juan de Jesús Vivas Martín* quien indicó que conoció al finado hace 15 años y vivía en su casa en calidad de arrendatario desde hace 8 años, por lo que le consta que el preparaba sus alimentos y pagaba para que le arreglaran la ropa, refiriendo que la demandante lo visitaba en su habitación pero no sabe si eran amigos o pareja; también se realizaron entrevistas en el Barrio Guacamayas a la señora *Flor Alba* habitante del sector, quien indica que el causante convivió con su cónyuge y que la demandante fue quien la cuidó hasta que falleció, luego se trasladó con sus hijas al predio por espacio de ocho (8) meses y luego se fueron de este debido a que fue embargado.

De igual forma, se entrevista al señor *Jorge Cifuentes*, ahijado del causante, quien indicó que luego de la muerte de la cónyuge, el causante convivió con él y su familia, después comenzó a convivir con la señora *Marta Amelia Suárez* por espacio de 8 o 9 años, hasta su fallecimiento.

A su turno *Luisa Barón*, confirma que a ella igualmente le consta que el causante convivió con la señora *Marta Amelia Suárez* por el espacio de tiempo referido anteriormente.

De lo hasta aquí expuesto, se logra advertir con plena claridad que la hoy demandante logró acreditar con suficiencia, la convivencia con el causante durante los 5 años exigidos por el legislador, pues es patente que por lo menos desde el año 2009, luego del fallecimiento de la cónyuge del causante finado, el mismo comenzó una relación sentimental con la promotora de la presente litis, hasta su deceso el 2 de noviembre del 2017, la cual únicamente se vio interrumpida durante los meses en que el demandante estuvo recluso en un centro penitenciario durante el año 2009, por manera que la convivencia de la pareja se mantuvo por lo menos por espacio de 7 años, acreditando de esta forma la promotora el lleno de los requisitos exigidos por el legislados para acceder a la sustitución pensional hoy reclamada.

Asimismo, se debe dejar constancia que pese a lo indicado por la pasiva en la alzada, incluso en el informe administrativo se puede corroborar que la mayoría de las personas que fueron entrevistadas tenían pleno conocimiento de la relación sentimental que mantenía el causante con la libelista, pues tan solo el señor *Juan*



de Jesús Vivas Martín negó la referida convivencia, declaración que en todo caso resulta insuficiente para desacreditar el dicho de los demás testigos y personas que fueron entrevistadas se itera en la misma investigación, pues todos fueron contestes en afirmar que luego que falleciera la cónyuge del causante en el año 2009, este mantuvo una relación sentimental con la demandante, conviviendo con ella hasta la data de su deceso.

Con fundamento en lo anterior es patente que le sea cancelada a la demandante la sustitución pensional del causante desde el 7 de noviembre del 2017, en cuantía igual al 100% de la mesada pensional en virtud de lo reglado en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que respecta a la cuantificación de la mesada pensional y el retroactivo pensional, avizora la Sala que la falladora de primera instancia tuvo en cuenta que el valor de la mesada pensional para el año 2009 era de \$949.379; sin embargo no encuentra la Sala sustento probatorio alguno de ello, pues si bien la demandada admitió desde la contestación de la demanda que al finado le había sido concedida la pensión mediante la Resolución No 28286 del 2007, el mentado acto administrativo no reposa en el expediente lo que impide verificar el monto de la pensión que venía percibiendo el finado. Aunado a ello, la demandante en el libelo genitor expresa que el monto de la mesada para el año 2006 ascendía a \$949.379, monto que en efecto es tenido en cuenta para la liquidación del auxilio funerario, pero como si fuera este el valor de la mesada pensional en el año 2017 (CD Fl 76), pues como es bien sabido dicho auxilio se calcula con el valor de la última mesada pensional percibida acorde lo dispone el artículo 51 de la ley 100 de 1993.

Por lo antes expuesto, para la Sala no existen los suficientes elementos de juicio para poder establecer el monto de la pensión, ni mucho menos liquidar el retroactivo pensional y por lo tanto, modificara el fallo de primera instancia sobre estos puntos, limitándose a indicar que el monto de la sustitución pensional que debe ser cancelada a la demandante debe corresponder al 100% de la mesada pensional que para el año 2017 estuviere devengando el finado, la cual debe ser reajustada anualmente acorde lo dispuesto en la ley. Debiendo cancelar el retroactivo pensional causado del 2 de noviembre del 2017 al 30 de noviembre del 2019, en la cuantía que se determine conforme los parámetros ya enunciados.



Ahora, frente a los intereses de mora, se tienen que estos se encuentran contenidos en que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que refirió *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago”*, contando la entidad pagadora con un término de dos (2) meses para realizar el pago de la pensión de sobrevivientes acorde lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 717 del 2001, que reza:

“El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.”

Por manera que al haber radicado la demandante la solicitud de reconocimiento de la prestación hoy anhelada el 14 de diciembre del 2017 (Fl 22), le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 14 de febrero del 2018, como en efecto lo determinó la falladora de primera instancia.

En otro giro, respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, se tiene que al presentar la reclamación administrativa el 14 de diciembre del 2017 (Fl 22), cuando no había pasado el término trienal establecido en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S, interrumpió en tiempo el fenómeno extintivo, y al haber radicado la demanda el 29 de agosto del 2018 (Fl 39), no alcanzó a prescribir ninguna de las mesadas pensionales deprecadas.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la sentencia objeto de apelación y alzada. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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



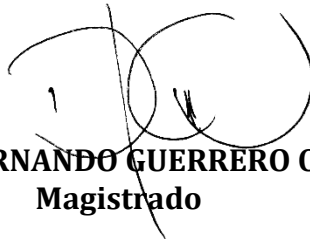
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 6 de diciembre del 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, precisando que el monto de la primera mesada pensional a 2 de noviembre del 2017, debe corresponder al 100% del valor de la pensión percibida por el causante para dicha data, monto este que debe ser reajustado anualmente y será el que debe ser tenido en cuenta para calcular el retroactivo pensional causado del 2 de noviembre del 2017 al 30 de noviembre del 2019.

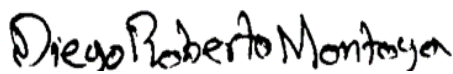
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

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

Ordinario Laboral 1100131050 17 201800099 01
Demandante: MIGUEL JESUS PACATIVA CORTES
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar a Laura Elisabeth Gutiérrez identificado con C.C 31.486.436 No. y T.P No 303.924 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Protección S.A*, *Porvenir S.A* y *Colpensiones* así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 16 de enero del 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Miguel Jesús Pacativa Carvajal* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A* a efectos de que se declare la ineficacia del traslado a *Colfondos S.A* por cuanto la mismo careció de información.

En consecuencia, peticona se condene a *Colfondos S.A* a trasladar todos los aportes efectuados por el demandante a *Colpensiones* y condenar a esta última a activarla afiliación del demandante al régimen de prima media y aceptar el traslado de los aportes, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 17 de febrero del 1957; que realizó cotizaciones para *Colpensiones y Cajanal*; que asesores de *Colfondos S.A* lo visitaron para informarle sobre las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por tanto se trasladó a dicha AFP en noviembre de 1997, sin contar con ningún tipo de ilustración en cuanto a la forma en que estaba diseñado el régimen pensional, ni sobre las consecuencias pensionales del traslado; finalmente, que con fecha del 30 de noviembre del 2017 agotó la vía gubernativa ante *Colpensiones*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio* en la que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que en este caso no ha existido vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas procesales en instituciones administradoras de seguridad social y la genérica.

Por su parte *Colfondos* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra refiriendo que el traslado no se dio con dicha entidad sino a través de *Colmena*, hoy *Protección S.A*, siendo válido el traslado efectuado.

Propuso como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación a *Colfondos S.A*, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

En audiencia surtida el 18 de enero del 2019, el fallador de primera instancia dispuso la integración del contradictorio con las AFP *Protección S.A* y *Porvenir S.A*.

Porvenir S.A en su escrito de contestación se opone a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que el traslado no se realizó en contra de ninguna prohibición legal; al contrario, la misma se dio en cumplimiento de las previsiones legales.



Formuló a su turno, como medios exceptivos lo que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

A su vez *Protección S.A* se opone a las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es plenamente válida y eficaz, por tanto no existe justificación legal para que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Invocando como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado, la genérica, traslado y movilidad dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las diferentes AFP y traslado de aportes a *Porvenir S.A.*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 16 de enero del 2020 declaró no probadas las excepciones propuestas, declaró que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz; que el demandante se encuentra válidamente afiliado a *Colpensiones* y en consecuencia ordenó a las AFP trasladar a *Colpensiones* todos los valores de la cuenta de ahorro individual, ordenó a *Colpensiones* a recibir el traslado y condenó a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como sustento de su decisión rememora lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en cuanto a que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, por lo que tienen el deber de proporcionar la información completa y comprensible, máxime que se debe diferenciar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.

Así, mismo la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, tal como lo ha expuesto



la Corte Suprema de Justicia y que el acto jurídico de traslado de régimen debía estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Concluyendo que las AFP demandadas no acreditaron el cumplimiento del deber de información enunciado por la jurisprudencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primera instancia *Protección S.A* presenta recurso de apelación en cuanto a la condena a la devolución de los gastos de administración, pues esta se dio conforme a una disposición legal, y se causaron por la buena gestión de la entidad demandada.

A su turno, *Porvenir S.A* aduce en su apelación que el formulario fue suscrito de forma libre y voluntaria, documental que además no fue tachada de falsa, por lo que se presume auténtico, por tanto no se puede perder de vista que la declaración contenida en el mismo cumple con lo dispuesto en el artículo 114 de la ley 100 de 1993, a parte el mismo fue suscrito por el actor, por manera que se infiere que si tuvo conocimiento del mismo; que el deber de información se dio en virtud del Estatuto Financiero del año 2014, mediante concepto de la Superintendencia Financiera, en virtud del cual la AFP emitió un comunicado, garantizando el derecho al retracto. Además, el demandante ratificó su afiliación frente mediante los tres traslados entre AFP.

Aduce que tampoco se puede hablar de una ineficacia del pleno derecho, pues acorde el Código Civil y de Comercio el acto nació a la vida jurídica mediante la suscripción del formulario de afiliación. Por tanto, solo se podría hablar de una nulidad relativa, la cual se subsanó en tanto el actor ratificó su voluntad realizando los respectivos aportes. En relación con los gastos de administración, se causaron que por los dineros que estaban bajo la administración, por tanto no deben ser reintegrados.

Colpensiones en su recurso de apelación refiere que debe ser absuelta de todas y cada una de las pretensiones, como quiera que la entidad ha actuado acorde a una prohibición legal, teniendo en cuenta que el actor solicitó el traslado faltando menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; aunado a ello que si bien el deber de



información se estipuló en la Ley 100 de 1993, para el año 1994 no se exigía a las AFP documentar la información brindada y por tanto, el formulario es la prueba fehaciente del cumplimiento del deber que le incumbía a la accionada.

Por otra parte, que de haberse presentado algún error sobre un punto de derecho, el mismo no vicia el consentimiento.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Colmena* del 22 de noviembre de 1994 (Fl 189), así como un reporte de SIAFP (Fl 138) el cual da cuenta de su traslado a *Horizonte* del 15 de abril de 1996 y a *Colfondos S.A* del 12 de julio de 1999, precisando que si bien en el formulario de afiliación se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna el accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, ni se allegó prueba alguna que diera cuenta de ello, máxime que el hecho de haberse traslado entre AFP no convalida la omisión en el deber de información.

En ese orden de ideas se debe declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



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

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

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

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

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

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

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las accionadas de las pretensiones demandatorias. **SIN COSTAS** en esta instancia.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

VI. DECISIÓN:

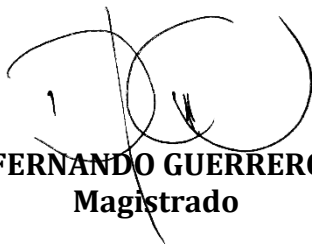
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de enero del 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

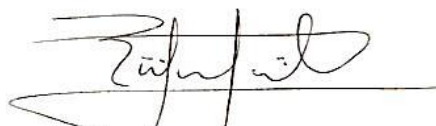
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 **18 2018 00245 01**
Demandante: GUILLERMO ADAME SUAREZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz* identificada con C.C No 31.486.436 y T.P No 303.924 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 23 de enero del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Guillermo Adame Suárez* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A* a efectos que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 22 de diciembre de 1998 y se declare que el demandante se encuentra válidamente afiliado a *Colpensiones*.

En consecuencia, se ordene a *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos y cada uno de los aportes que realizó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incluyendo los rendimientos, sin efectuar ningún tipo de



descuento; se condene a *Colpensiones* a reactivar la afiliación del demandante, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 14 de mayo de 1956, estuvo afiliado al *Instituto de Seguros Sociales* desde el 1° de octubre de 1976, en donde cotizó hasta el 31 de diciembre de 1998.

Aduce que el 22 de diciembre de 1998 suscribió formulario de afiliación a la AFP *Horizonte* hoy *Porvenir S.A*, data en la cual laboraba en el Juzgado Promiscuo Municipal de Obaima (Santander), y ante el cual se presentó un asesor indicándole que si quería ser incluido en nómina debía firmar el formulario; sin embargo, no le suministró información concerniente al traslado de régimen, ni sobre la edad mínima y el saldo que debía acreditar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no le indicó las consecuencias legales y económicas del traslado, además realizando los correspondientes cálculos, logró corroborar que el monto de su pensión sería más favorable en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Atendiendo a lo anterior, el 25 de abril del 2018 radicó ante *Colpensiones* el respectivo formulario de afiliación para obtener el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero la misma fue despachada desfavorablemente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 del 2010 y el traslado de fondo se dio de forma libre y voluntaria.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.



Por su parte, *Porvenir S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el traslado fue efectuado teniendo en cuenta la legislación vigente para la fecha de afiliación.

Formuló como medios exceptivos de fondo los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 23 de enero del 2020 declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscrita el 22 de diciembre de 1998, ordenó a la AFP trasladar todos los dineros de la cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, entidad a la que ordenó recibir los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión, hizo alusión a la Jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia, en la que se alude al deber de información que recae sobre la AFP y la carga probatoria que incumbe a la misma respecto a su deber de acreditar la diligencia debida respecto a la información, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o si está próximo a adquirir el derecho pensional, destacando que el diligenciamiento del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho requisito.

Así, como quiera que la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información a su cargo, determinó que el traslado efectuado a *Horizonte* hoy *Porvenir S.A*, se debe declarar ineficaz.

Finaliza recordando que, en este caso por tratarse de un derecho pensional, no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Inconforme con la decisión del *a-quo Porvenir S.A*, presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el formulario de afiliación fue suscrito por el demandante de forma libre y voluntaria, documental que no ha sido redargüida de falsa, por lo que se presume auténtico. Adicionalmente, pone de presente que, por los estudios del actor, debí conocer sobre los regímenes pensionales.

En gracia de discusión, se debe tener en cuenta que el deber de información se reguló mediante la Circular del 2004 que ordenó la documentar las condiciones, así las cosas, se procedió a emitir el boletín en el diario El Tiempo el 14 de enero del 2004, cumpliendo con el deber que le incumbía; además, el demandante cotizó por más de 20 años, ratificando su decisión.

De otra parte, solo frente a la ineficacia de pleno derecho, se predica que el acto no nació vida jurídica, no obstante en el presente caso si se estudia una nulidad debe ser la relativa, la cual se saneó con el actuar de las partes; finalmente, indica que no hay lugar a la condena respecto a los gastos de administración, pues son dineros de la AFP por su gestión; asimismo solicita se absuelva de costas procesales.

A su turno, *Colpensiones* presentó recurso de apelación exponiendo que la parte demandante tenía la carga probatoria de probar los supuestos de hecho de la demanda, sin que haya cumplido con la misma, máxime que el testimonio practicado no arroja certeza sobre lo aducido, aunado a ello que el mismo demandante expone en su interrogatorio que suscribió el formulario de forma libre y voluntaria.

Por tanto, insiste que la inconformidad es por el valor de la mesada pensional, además debió tener conocimiento dada su calidad de abogado y funcionario de la rama judicial, sobre los regímenes pensionales, a más que no tenía una expectativa legítima. De forma subsidiaria, de confirmar el fallo se indique que el dinero debe trasladarse con gastos financieros y de administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema Jurídico

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.



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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa*



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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario



del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Horizonte hoy Porvenir S.A* del 22 de diciembre de 1998 (Fls 133), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna el accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, pues se limitó a indicar que cuando ingresó a laborar a la rama judicial en 1998 un asesor se presentó y le indicó que debía diligenciar el correspondiente formulario, pero no le brindó ninguna información, sin que sus estudios profesionales adelantados, relevara a la AFP de la obligación legal de información a su cargo.

Asimismo, se resalta que de la declaración del testigo *Hernando Gacharna* en modo alguno se puede constatar el cumplimiento del deber de información que recaía sobre la AFP hoy demandada, pues se limitó a indicar que estaba presente el día de la afiliación, pues lo acompañó cuando se posesionó y observó cuando le suministraron el formulario, precisando que no corroboró que le dieran ninguna información.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado. Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que haya percibido Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que



la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

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



Finalmente, en lo concerniente a las costas procesales basta indicar que estas operan de forma objetiva, conforme lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, conforme al cual, estas deben correr a cargo de la parte vencida en juicio, por manera que al resultar condenada la demandada, resulta lógico que se imponga la condena en costas.

En virtud de lo anteriormente analizado, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

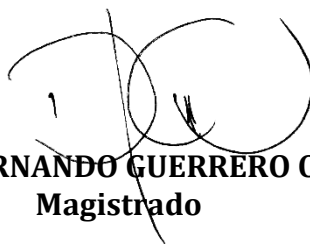
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

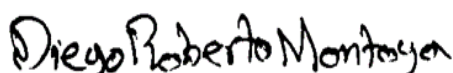
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 19 **2007 00012 01**
Demandante: LA PREVISORA VIDA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS
Demandados: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE
INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN
DE INVALIDEZ DE CALDAS Y DIDIER LÓPEZ
ARENAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho, *Henry Darío Machado* identificado con C.C No 77.091.125 y T.P No 2485.28 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 24 de enero de 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La *Previsora Vida S.A. Compañía de Seguros* formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas y Didier López Arenas*, a fin que se declare el origen común del



accidente y la pérdida de la capacidad laboral, y en consecuencia se declare la nulidad, y en subsidio la ineficacia, de los dictámenes proferidos por las entidades accionadas, aunado a que la Junta Regional carecía de competencia al residir el peticionario en la ciudad de Armenia

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que el señor *Didier López Arenas* para el año 1997 se desempeñaba como Director de la Caja Agraria en la oficina de Puerto Tejada, residiendo en la ciudad de Cali, lugar al que se desplazaba constantemente en vehículo particular; que el 7 de noviembre de 1997 cuando se desplazaba a la ciudad de Cali fue víctima de tentativa de homicidio, concluyéndose en el Comité Paritario de Salud Ocupacional, que si bien se desplazaba con una tula del trabajo, el hecho no tuvo relación con las funciones laborales que desempeñaba, y por el contrario, se debe a situaciones de carácter personal; que el transporte a su lugar de residencia no era suministrado por el empleador.

Que la reclamación presentada con ocasión del atentado, fue objetado por la Compañía de Seguros, estableciéndose en la investigación que además la tula no fue forzada; que se negó el reconocimiento de las prestaciones económicas deprecadas por el actor; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas mediante dictamen del 10 de enero de 2006 calificó el accidente como laboral con una pérdida de al capacidad laboral del 34.38%, el que fue objeto de recurso de apelación, siendo desatado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 10576 del 3 febrero de 2006, en el que se señala que el atentado acaeció cuando el actor se desplazaba en misión laboral entre Puerto Tejada y Cali, desconociéndose los documentos con los cuales se arribó a tal conclusión, incrementando la pérdida de la capacidad laboral al 41.95%; que las calificaciones no le fueron reportadas, máxime que el actor residía en la ciudad de Armenia, por lo cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas carecía de competencia para emitir el dictamen.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Junta Nacional de Calificación de Invalidez* operó la *litis contestatio* señalando que la apelación no se refirió a la calificación del origen, por ende, no emitieron concepto alguno sobre tal aspecto; de igual manera, que no le constan los demás hechos narrados en la demanda.

Formuló las excepciones de falta de legitimidad por pasiva de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado, buena fe de la parte demandada, legitimidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez respecto del demandante y la genérica.

Por su parte el señor *Didier López Arenas* señaló que cuando acaeció el atentado, se dirigía a la oficina Regional Cali del Banco Agrario para hacer entrega de la tula con el movimiento diario de la entidad financiera, lo cual consta en la declaración de la señora *Carmen Emir Zapata Lasso* y en el reporte de la investigación del accidente de trabajo; que no le consta la existencia de contrato de transporte con una empresa para trasladar la tula, no obstante si la transportadora no llega a tiempo en su calidad de director de la agencia, estimó conveniente llevar consigo la tula; que es cierto que el Comité Paritario refirió que el accidente no era de trabajo, de lo cual discrepa; finalmente, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas si era competente, en tanto no entraba en funcionamiento la Regional de Quindío.

Finalmente, la *Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas* señaló que no se le suministró el concepto del Comité Paritario de Salud Ocupacional; que el dictamen le fue comunicado al Instituto de Seguros Sociales en la ciudad de Armenia, y para su expedición se tuvo en cuenta la documental relevante; finalmente, que si era competente en tanto la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Quindío no había sido creada.



Formuló como medios exceptivos los de dictamen proferido en base a la documentación aportada, dictamen proferido en debida forma, y origen profesional del atentado que sufriera el señor *Didier López Arenas*.

En auto del 7 de octubre de 2009, se dispuso la vinculación del Instituto de Seguros sociales y de la Nueva E.P.S.

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que según los dictámenes emitidos por la entidad competente, el atentado se constituye en un accidente de trabajo, de igual manera que al actor mediante Resolución No. 10576 del 3 de febrero de 2006, le fue reconocida pensión de invalidez. Formuló las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, incompatibilidad, principio de buena fe, prescripción y la innominada.

La *Nueva EPS* refirió no constarle los hechos de la demanda. Formuló las excepciones de inexistencia de responsabilidad de la Nueva EPS y las innominada.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de enero de 2020, absolvió a las accionadas de todas las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal conclusión, señaló que la investigación que adelantara la sociedad accionante con ocasión de la solicitud de la Caja Agraria, no se constituye en una calificación integral del origen de la contingencia, pues se limita a las pruebas que recaudara el señor *Luis Orlando Pérez Medina* como parte de la Dirección Técnica ARP Popayán, por lo cual la Junta Regional no debía limitar su conclusión a dicha investigación. De igual manera, el concepto del Comité Paritario de Salud Ocupacional



no arroja luces sobre el por qué el actor transportaba la tula, máxime que en declaración extrajuicio rendida por la señora *Carmen Emir Zapata Lasso* se refirió que el trabajador ordenó trasladar algunos equipos para su respectivo arreglo, sin los cuales no se podía procesar los movimientos realizados en su oficina ese día, razón por la cual se desplazaba a la ciudad de Cali con el movimiento diario del Banco para que fuera procesado en la Regional del Valle, lo cual se corrobora con la copia del mensaje postal 001380 en el cual se encuentra la orden de remisión de los equipos de cómputo, así como de las manifestaciones realizadas por la Directora Encargada *Pilar de Jesús Candela Orozco*, en la investigación adelantada por *La Previsora S.A*, donde aseguró que la tutela fue entrega en la sucursal de Cali por el hermano del trabajador.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló, aduciendo que las Juntas de Calificación de Invalidez no sustentan en los dictámenes la conclusión que el actor sufrió un accidente de trabajo, por lo cual se invierte la carga de la prueba; de igual manera que al no habersele comunicado el trámite de la calificación, se vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

De igual manera señala que las pruebas que no fueron valoradas por las Juntas de Calificación provienen de investigaciones que adelantara el empleador, y en las cuales se concluye de manera acertada que la tentativa de homicidio no se relacionaba con el trabajo, máxime que la tula no fue objeto de hurto, por otra la orden de traslado de equipos no da cuenta que haya sido función del accionante transportar la tula, máxime que el empleador no suministraba el transporte.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, como problema jurídico habrá de determinarse si los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas y por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, deben nulitarse en lo atinente a la calificación del origen.

c. Del caso en concreto:

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

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

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

“(…) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y



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

Adicionalmente, no sobra advertir que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

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

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-697 de 2014, señaló frente a la calificación de pérdida de la capacidad laboral:

“La pérdida de capacidad laboral de una persona puede devenir de eventos de origen común o profesional, en consecuencia, la ley previó para cada una de aquellas contingencias una normatividad específica. En cuanto a las prestaciones derivadas de un accidente laboral o de una enfermedad profesional serán responsabilidad de los actores del Sistema de Riesgos Laborales y las que se desprenden de un evento común deben ser asumidas por la EPS a la que se encuentre afiliado el paciente.

“[...]

“Ahora bien, con el fin de establecer si una persona tiene derecho al reconocimiento de alguna de las prestaciones asistenciales o económicas descritas, se necesita la



calificación de la pérdida de capacidad laboral, que consiste en un mecanismo que fija el porcentaje de afectación del “conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual.

“Dicha calificación también se encargará de determinar el origen del padecimiento con el fin de establecer qué entidad es la competente, si la Administradora de Riesgos Laborales A.R.L. o la Empresa Promotora de Salud (E.P.S.), con el fin de que el paciente pueda hacer exigibles las prestaciones económicas y asistenciales.

“En consecuencia, la calificación del origen de la contingencia debe realizarse de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, el artículo 6º del Decreto 2463 de 2001, los lineamientos descritos en la Ley 776 de 2002 y el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto 19 de 2012; con el objetivo de garantizar el debido proceso al paciente. Por tanto, les corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, calificar, en primera instancia, el estado de invalidez, y, en segunda, a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. La inconformidad sobre el dictamen proferido en primera instancia deberá plantearse dentro de los 10 días siguientes a la notificación del mismo.

“Respecto de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, la Corte Constitucional la ha considerado como un derecho que tiene toda persona, el cual cobra gran importancia al ser el medio para la realización efectiva de otras garantías fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en tanto que permite determinar a qué tipo de prestaciones tiene derecho el afectado por una enfermedad o accidente, producido con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común”.

Una vez determinado lo anterior, es menester referir como primera medida que, a *contrario sensu* de lo alegado en la alzada, en manera alguna se trasladó la carga probatoria a la parte demandada, en tanto corresponde a *La Previsora Vida S.A Compañía de Seguros*, acreditar el dislate contenido en el Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas al determinar el insuceso como de origen profesional, aspecto que recalca la Sala, tal como se adujo desde la contestación de la demanda, no fue objeto de apelación y por ende de estudio por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.



De igual manera debe acotarse que en las pretensiones de la demanda se deprecó declarar el origen común del accidente y la nulidad de los dictámenes por cuanto el origen del accidente es común y no profesional y por cuanto el actor al tener su residencia en la ciudad de Armenia la Junta Regional del Calificación de Invalidez de Caldas carecía de competencia, solicitando de manera subsidiaria la ineficacia jurídica por las mismas circunstancias.

Lo anterior para significar que no se pretendió una nulidad de los dictámenes por una violación al debido proceso por no haberse notificado a *La Previsora Vida S.A Compañía de Seguros* del trámite de la calificación, lo cual si bien fue narrado en el hecho décimo sexto de la demanda, no fue deprecado como pretensión ni el *a-quo* lo definió con base en las facultades *ultra y extra petita*, las cuales están vedadas en segunda instancia de conformidad con el artículo 50 del C.P.T y de la S.S.

Ahora bien, tal como se refirió en primera instancia, el dislate enrostrado por activa a la determinación de origen se fundamenta en que no se sustentó tal determinación en el dictamen, además que el insuceso no tuvo relación con las funciones que desempeñara el trabajador en la Caja Agraria, en tanto (i) así lo estableció el Comité Paritario de Salud Ocupacional, (ii) se consignó de igual manera en la investigación adelantada por la ARP, hoy ARL, (iii) se refuerza con el hecho que la tula no fue objeto de hurto y (iv) el empleador no suministró el transporte.

Sobre el particular se debe señalar que en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, cuya competencia no fue objeto de debate en la alzada, se estableció como fundamento de la calificación la revisión de la historia clínica, especificando que el origen se constituía en un accidente profesional (Fls 35 y 36), por otra parte la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el dictamen No. 10576, refiere en el acápite de "*evaluación médica*" que el paciente el 7 de noviembre de 1997, "*recibió atentado mientras se trasladaba en misión laboral entre Puerto Tejada y Cali*" (Fl. 38).



Ahora bien, del análisis de las pruebas cuya indebida valoración esgrime el apelante, se tiene que se aportó la investigación de accidente de trabajo realizada el 17 de marzo de 1998 por *La Previsora Vida S.A Compañía de Seguros*, específicamente por el señor *Luis Orlando Pérez Medina*, en la cual se extrae que frente a la “*actividad que realizaba*” se consignó “*Se desplazaba a la ciudad de Cali a su residencia y llevaba tula de documentos para dejarla en la sucursal Cali*”, de igual manera se señala que dicha actividad no estaba relacionada con el “*oficio habitual*”, en tanto la empleadora tiene contrato con la firma *Dotaciones y Servicios para el transporte de correspondencia*.

No obstante, dicha documental en manera alguna acredita que los dictámenes hayan incurrido en un yerro, toda vez que en datos adicionales, se especificó que no fue posible entrevistar funcionarios, lo cual no permite dar plena certeza a las conclusiones de dicho informe. En efecto, sobre el particular se lee:

“No fue posible entrevistar a los funcionarios, se nota la desconfianza y la limitación hacia el comentar o dar su opinión. En algunos eventos la directora encargada salía de su oficina para preguntar o consultar con los empleados la información que se me suministró.

“En el entorno pregunté al azar sobre el asunto, todos sabían, pero nadie decía nada, solo una persona comentó “Al director se le subió los sumos con el cargo y por estar presionando a los clientes mire lo que le pasó”.

En ese orden de ideas, no es dable restar legalidad al dictamen de la Junta de Calificación con base en una investigación de la sociedad accionante en la que se refiere en la misma sustentación que no fue factible acceder a la información de cómo ocurrieron los hechos en el entorno laboral, y por el contrario, la misma corrobora que el actor se desplazaba con documentos de relevancia para la entidad financiera, y que serían entregados en la sucursal de Cali.

Por otra parte, en el informe del Comité Paritario y de Salud Ocupacional de la Caja de Crédito Agrario Regional Cauca (Fls 28 a 29), se consigna en la actividad que realizaba



“se desplazaba a la ciudad de Cali a su residencia y llevaba consigo la tula de la correspondencia para dejarla en la Caja Agraria Regional Valle”, señalando frente a dicha situación de manera genérica “podemos agregar que la Caja Agraria tenía un contrato con la Empresa Dotaciones y Servicios”.

De lo anterior, se evidencia que dicha prueba tampoco permite inferir que el dictamen de manera errónea haya calificado el origen del accidente, en tanto no se especifica que el actor no haya transportado la tula con ocasión del trabajo, ni es concluyente en dicho aspecto, pues solo se limita a señalar que se tenía contrato con una empresa transportadora, sin determinar si la conducta del trabajador de transportar documentos de la empresa que debían ser entregados en otra sucursal se haya verificado contrariando las políticas u órdenes de la empleadora.

De otra parte, en la declaración extrajuicio de la señora Carmen Emir Zapata Lasso, se refiere que el trabajador *“transportaba a la ciudad de Cali (Valle) la tula con el movimiento diario del Banco para que fuera procesada en la Regional Valle y así poder tener los listados de atención al público del día siguiente, el señor Director se desplazaba a la ciudad de Cali (Valle), con el movimiento diario del Banco para su respectivo proceso por ser el responsable directo de la Oficina y sobre el cual recaía el buen funcionamiento general y total de la misma”*, aseveración que a *contrario sensu* de lo aducido por activa, da cuenta del nexo causal entre su desplazamiento y el transporte que verificaba de la tula con el movimiento diario de la entidad financiera, llamando además la atención de la Sala que de estimarse una situación diferente, implicaría una evidente trasgresión de los intereses de la empleadora al permitir la extracción de documentos vitales para su funcionamiento, quien no obstante consintió tal situación al incluso, como se refirió en primera instancia, recibió la tula de manos del hermano del trabajador.

Acota además la Sala que el nexo causal no se desvanece por el hecho que el trabajador residiera en la ciudad de Cali y su desplazamiento también se verificara por dicha situación, pues no obstante tal situación, estaba además cumpliendo una función, se



reitera, de importancia para los intereses del Banco, sin que además se haya acreditado que el actor haya trasgredido sus funciones al no remitirlas por la empresa transportadora que se aduce se contrató para correspondencia.

Igualmente, no es dable desestimar el origen profesional del insuceso por el hecho que la tula no haya sido hurtada, en tanto, independientemente de los fines de la conducta punible de que fue víctima, lo determinante es que se encontraba cumpliendo una función relacionada con el ámbito laboral.

No debe soslayarse además que no resulta en este evento relevante para la calificación del origen, el hecho que la empleadora no suministrara el medio de transporte, en tanto el actor se encontraba además de desplazándose a su lugar de residencia, cumpliendo una función relacionada directamente con el cargo que desempeñaba, al llevar consigo los documentos que contenían el movimiento diario del Banco.

En ese orden de ideas, no se cumplió por activa con el *onus probandi* de acreditar el error enrostrado a los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, motivo que impele a confirmar la sentencia de primera instancia.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 22 2017 00550 01
Demandante: NUBIA CLAUDIA CAÑÓN HERNANDEZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Linda Vannesa Barreto Santa María* identificada con C.C No 1.013.637.319 y T.P No 280.300 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por *Provenir S.A* y *Colpensiones*, contra la sentencia proferida el 27 de enero del 2019, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, así como dirimir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Nubia Claudia Cañón Hernández* formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A*, a fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En consecuencia, se condene a *Colpensiones* a recibir todos y cada uno de los valores que hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional del



asegurado, junto con los rendimientos causados, así como a *Porvenir S.A* a la efectiva devolución, incluyendo los rendimientos causados como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 4 de octubre de 1963, se afilió el 15 de febrero de 1988 al *Instituto de Seguros Sociales*, hoy *Colpensiones*; que cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, desde el 15 de febrero de 1988 y se trasladó a *Porvenir S.A* el 1° de julio del 2001, siendo el formulario de afiliación y/o traslado de régimen pensional diligenciado el 29 de mayo del 2001.

Que elevó solicitud de nulidad ante las hoy demandadas, ante lo cual *Porvenir S.A* le suministró la respuesta el 8 de agosto del 2018 y *Colpensiones* el 13 de junio del 2018, dando por agotado el correspondiente trámite administrativo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio*, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, exponiendo que en el proceso no hay prueba alguna que acredite que en efecto a la demandante se le hizo incurrir en un error por falta de información de parte de la AFP.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Por su parte, la *AFP Porvenir S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la



obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 27 de enero de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el 29 de mayo del 2001; y en consecuencia ordenó a *Porvenir S.A* trasladar a *Colpensiones* los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Lo anterior por cuanto consideró que a la demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al no existir una manifestación libre y voluntaria sobre la incidencia y los efectos que puede tener el traslado de régimen, ello en tanto la AFP accionada debió acreditar la información que se brindó a la actora al momento del traslado de régimen, sin que en el interrogatorio de parte haya confesado lo contrario.

Agregó que la suscripción del formulario de afiliación efectuado por la accionante no es concluyente de haber brindado una información adecuada y veraz, conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto el referido traslado de régimen presenta igual suerte al derecho pensional, pues es este el que determina a quien le es aplicable su reconocimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que la demandante realizó su traslado de forma libre y voluntaria, máxime que la información suministrada por la AFP debe ser analizada acorde con la legislación vigente para el año 2001, pues no se puede exigir a las AFP cumplir con obligaciones basados en normas posteriores al acto del traslado.



Igualmente, se tenga en cuenta la carga dinámica de la prueba y cada caso en particular es diferente, por tanto, por activa se debe acreditar el supuesto fáctico de la demanda, lo cual no aconteció, máxime que de conformidad con el interrogatorio de parte no existió ningún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo, además acorde con lo indicado la actora no se preocupó por su tema pensional y simplemente no recuerda lo indicado por el asesor.

Así mismo, solicita se tenga en cuenta la sostenibilidad financiera, toda vez que la actora no cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para beneficiarse del principio de solidaridad.

En cuanto a las costas aduce que los recursos de la entidad únicamente pueden ser utilizados para las prestaciones de la seguridad social, y por tanto no puede ser condenada por dicho concepto.

Por su parte, la *AFP Porvenir S.A.* interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el *a-quo*, al señalar que no es de recibo que la AFP deberá manifestar la cuantía pensional, lo cual además no era factible al fluctuar los aportes con el paso del tiempo; de igual manera, que por activa no se conocen no se señalaron cuáles eran los beneficios que perdería por el traslado de régimen pensional.

Asimismo, solicita se revoque la condena de devolución de los gastos de administración, en tanto, su causación está consagrada en la Ley 100 de 1993, para los regímenes pensionales.

Teniendo en cuenta que la sentencia fue desfavorable a *Colpensiones*, y que La Nación funge como su garante, es menester desatar el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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



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

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

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

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



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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Porvenir S.A.*, en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 29 de mayo del 2001 (Fl 164), y el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita



comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

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

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

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales



serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

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

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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



el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

Finalmente, en lo concerniente a las costas procesales basta indicar que estas operan de forma objetiva, conforme lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, conforme al cual, estas deben correr a cargo de la parte vencida en juicio, por manera que al resultar condenadas las hoy demandas, resulta lógico que se imponga la condena en costas en contra de las mismas.

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



VI.- DECISIÓN:

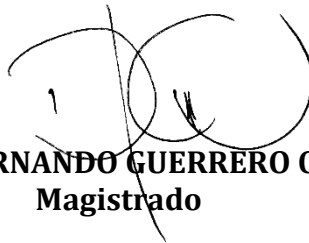
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

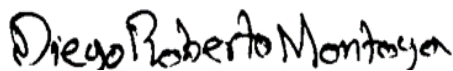
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de enero del 2019, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

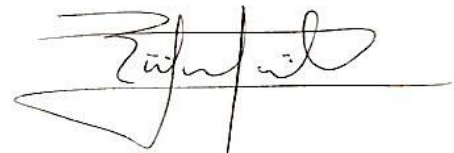
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 23 2019 00323 01
Demandante: MAGGI CECILIA ALVARADO COTES
Demandado: ECOPETROL Y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 22 de octubre del 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Maggie Cecilia Alvarado Cotes* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Ecopetrol S.A* y *Melba Marcela Quintero Leal*, para que previo el trámite procesal correspondiente, se declare que en calidad de cónyuge tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión por sustitución del señor *Carlos Arturo del Toro Valera* por su fallecimiento el 15 de mayo del 2018.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que contrajo matrimonio con el señor *Carlos Arturo del Toro Varela* el 19 de marzo de 1976, quien falleció el 15 de mayo del 2018. Precisa que siempre dependió económicamente del causante, además de ser su beneficiaria en los servicios médicos integrales y odontológicos ofrecidos por *Ecopetrol S.A.*

Precisa que en el mes de febrero de 1991 surgieron diferencias matrimoniales que conllevaron a que el causante se marchara de su domicilio conyugal, fijando como último domicilio la casa de su hermano *Fernando Augusto del Toro Varela*, quien en declaración extrajuicio expuso que su hermano siempre estuvo a cargo de la hoy



demandante, la visitaba de forma continua semanalmente y los fines de semana. Destacando que el causante durante toda su existencia proporcionó la manutención de su hogar conyugal, proveyendo los gastos de administración, alimentación y servicios públicos, así como la alimentación y educación de su hijo *Carlos Arturo del Toro Alvarado*, además, la relación marital entre los cónyuges tuvo vocación de continuidad y nunca se planteó ni llevó a cabo separación legal de cuerpos.

Aduce que el causante obtuvo su pensión de jubilación por parte de *Ecopetrol S.A* desde el 24 de noviembre de 1999, con una mesada pensional que para la fecha de su deceso ascendía a \$9.700.597.

Indica que tras su fallecimiento solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, misma que también fu reclamada por la señora *Melba Marcela Quintero Leal*, a quien le fue concedida la pensión en un 100% en calidad de compañera permanente del fallecido y le fue negada a la demandante, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1160 de 1989, decisión que fue recurrida por la demandante, pero confirmada por *Ecopetrol S.A*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Melba Marcela Moreno Leal*, en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que en materia pensional frente al presente tema, se encuentra excluido del alcance la Ley 100 de 1993 conforme lo dispuesto en el artículo 279 de la misma normativa, resultando aplicable al presente caso La ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, precisando que el causante compartió techo, lecho y mesa desde el 29 de septiembre de 1990, hasta la data de su deceso, con quien procreó a *Santiago del Toro Quintero*.

Propone como medios exceptivos los que denominó ausencia de *causa petendi* y buena fe.

A su turno, *Ecopetrol S.A* en su escrito de contestación de la demanda se opone a las pretensiones aduciendo que la normativa aplicable a la mentada entidad establece como beneficiarios de la sustitución pensional en forma vitalicia al cónyuge sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante, que acrediten en



debida forma los requisitos exigidos, precisando que en el caso en discusión quien acreditó el cumplimiento de los requisitos fue la señora *Melba Quintero Leal*.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe, pago y compensación, excepción de aplicación de la ley 100 de 1993, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de noviembre del 2019 condenó a *Ecopetrol S.A* a reconocer y pagar la sustitución pensional a las señora *Maggie Cecilia Alvarado Cotes*, en proporción equivalente al 40,77% de la pensión que en vida devengaba el causante a partir del 15 de mayo del 2018, junto con las mesadas adicionales y los incrementos de ley; condenó a la pasiva a conservar el derecho a la sustitución pensional de la demandante, en un porcentaje equivalente al 59,23% del que inicialmente se estableció y autorizó a la pasiva para que le descuente el porcentaje pagado de más, atendiendo a los lineamientos del artículo 155 del C.S.T, es decir solo se le descontará el excedente del salario mínimo mensual en una quinta parte; condenó a *Ecopetrol S.A* a indexar cada mesada atrasada o debida a la demandante, desde el momento de su exigibilidad hasta la fecha en que se produzca el pago; absolvió a la demandada de las demás pretensiones, declaró probadas las excepciones propuesta y dispuso que no se impusieran costas.

Para tal efecto estimó que *Ecopetrol S.A.* aduce que teniendo en cuenta el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no es aplicable al presente evento los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, sino el Decreto 807 de 1994, la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, acreditando los requisitos la señora *Melba Marcela Quintero Leal* en calidad de compañera permanente.

Pese a lo anterior, frente a la pensión de sobrevivientes la Corte Constitucional ha señalado que fue establecida por el legislador para los beneficiarios estipulados en la ley como miembros más cercanos y afectados con el fallecimiento del pensionado o afiliado, entre otras, en la sentencia C-896 de 2006; de igual manera en la sentencia T-017 del 2018, se conminó a *Ecopetrol S.A* para que ajustara los procesos internos con la normativa y la jurisprudencia vigente en materia de sustitución pensional, aplicando los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.



Conforme a dicha jurisprudencia concluye que en materia de sustitución pensional y por virtud del artículo 13 de la Constitución Política, están proscritos los tratos diferenciados que resultan irrazonables, por lo cual debía darse aplicación a la Ley 100 de 1993.

En ese sentido conforme los testimonios rendidos estableció que la señora *Melba Marcela Quintero Leal* y el pensionado *Carlos Arturo del Toro Varela*, convivieron por espacio de 24 años hasta el día del deceso, eso es, el 15 de mayo de 2018, cumpliendo los requisitos para acceder al beneficio pensional; por su parte la señora *Maggie Cecilia Alvarado Cote* acreditó la calidad de cónyuge supérstite del causante con el Registro Civil de Matrimonio del 19 de marzo de 1976, conviviendo según la prueba testimonial hasta el 7 de febrero de 1991, sin que se haya acreditado que se haya liquidado la sociedad conyugal, por tal razón debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 47, Ley 100 del 93, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, en eventos como en el presente, disposición que establece que la pensión debe dividirse de forma proporcional.

Por tal motivo, el requisito legal para ser beneficiario de la sustitución pensional no establece para la cónyuge supérstite una convivencia hasta el momento de la muerte del causante, lo cual solo se predica en el manual de reconocimiento de Ecopetrol S.A, lo cual implica desconocer el derecho fundamental a la Seguridad Social.

Además, lo que conllevó a la pareja a separarse en 1991 fue el eventual maltrato por violencia del causante contra la demandante, pues este había adquirido una adicción a las drogas, hecho que fue confirmado por la prueba testimonial.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo Ecopetrol S.A* interpuso y sustentó recurso de apelación en el que indicó que líquido y pagó la sustitución pensional en su oportunidad a quien acreditó tener el derecho.

No obstante, si después de esto se presentan a reclamar nuevos beneficiarios que controviertan dicho derecho, la empresa está liberada y los obligados a satisfacer las cuotas que les correspondan a los beneficiarios sobrevivientes serán aquellos que recibieron dichos beneficios, para el caso la señora *Melba Marcela Quintero Leal*, quien



a la fecha se encuentra disfrutando del derecho de sustitución pensional.

De igual manera, es claro que *Ecopetrol S.A* no administra justicia, razón por la cual deberá ser la justicia ordinaria quien evalúe las pruebas incorporadas y resuelva el derecho y el fondo de las pretensiones de la demanda.

De otra parte, la demandada *Melba Marcela Quintero*, interpone recurso de apelación en el que en suma indica que la pensión se reconoció el 24 de noviembre de 1999, por lo cual no podría tener efectos retroactivos la Ley 100 de 1993, misma que reglamentó la excepción para los jubilados de *Ecopetrol S.A*, por lo cual ostenta de un régimen autónomo.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, cual es la norma aplicable para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida por la promotora y una vez establecida la misma, determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento pensional deprecado.

c. De la calidad de pensionado:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que *Ecopetrol S.A* le reconoció y canceló al demandante la pensión de jubilación el 24 de noviembre de 1999 conforme lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 807 de 1994 y el Acuerdo 001 de 1977, en tanto así lo admitió la entidad demandada desde el momento en que dio contestación a la demanda (Fl 2 vuelto) y encontrar sustento probatorio en la misiva en la cual se comunicó al demandante su reconocimiento (Fl. 436).



d. De la sustitución pensional

Al respecto, se tiene que es criterio pacífico de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes se rigen por la norma vigente a la fecha del fallecimiento del causante.

En tal sentir, se tiene que para la fecha del deceso del causante, esto es el 15 de mayo del 2018, se encontraba vigente la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 del 2003, norma esta que fuere aplicada por la falladora de primera instancia para desatar el asunto que hoy nos convoca, decisión que fuere sustentada con arreglo al criterio de la H. Corte Constitucional, en especial lo dispuesto en la sentencia T- 017 del 2018.

No obstante, lo precedente, pasó por alto el fallador de primer grado que la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral*, máximo órgano de cierre de esta jurisdicción ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a casos como el que hoy nos ocupa, precisando que por disposición del artículo 279 de la ley 100 de 1993, dicho régimen no resulta aplicable a *Ecopetrol S.A.* Así pues, vale la pena, traer a colación el mencionado artículo, cuyo tenor literal es del siguiente orden:

“Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.”

Siendo del caso anotar que la parte subrayada del texto, en la que se alude de forma clara que el referido régimen no resulta aplicable a los servidores públicos, ni pensionados de Ecopetrol, fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional en sentencia C-173 de 1996, oportunidad en la cual indicó:

“Justificación de la excepción contenida en la norma acusada respecto a los pensionados de ECOPETROL

“Según los antecedentes legislativos que aparecen en las Gacetas del Congreso Nos. 395 y 397 de 1993, la decisión del Congreso de la República de sustraer a los trabajadores y pensionados de Ecopetrol de la aplicabilidad de la mayoría de normas del régimen de la ley 100 de 1993, tuvo como fundamento la existencia en dicha empresa de una Convención Colectiva de Trabajo que contiene, en muchos



aspectos, beneficios y condiciones extralegales superiores a los que rigen para los demás servidores del Estado. En consecuencia, era necesario proteger los derechos adquiridos por los beneficiarios de ella, expuestos a ser vulnerados si se les hubiera hecho extensiva la vigencia de la citada ley.

“Tal motivación se adecua a los cánones constitucionales, pues la diferencia de trato obedece a supuestos fácticos distintos, como es la existencia en Ecopetrol de un régimen laboral producto de la negociación colectiva, cuyo análisis sistemático permite detectar prerrogativas y beneficios superiores a los contenidos en la ley como mínimo obligatorio.

“Ante esta circunstancia, considera la Corte que la disposición acusada no vulnera la Constitución, pues el legislador está autorizado para establecer excepciones a las normas generales, atendiendo razones justificadas, que en el caso sometido a estudio se fundamentaron en la protección de derechos adquiridos contemplados en el Acuerdo No. 1 de 1977 y la Convención Colectiva del Trabajo.

“En relación con el reajuste anual de las pensiones, petición que también formula el demandante, caben las mismas consideraciones anteriores para declarar su exequibilidad”.

Es por lo enunciado que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiterados pronunciamientos, ha tenido la oportunidad de indicar que en tratándose de empleados o pensionados de *Ecopetrol S.A.*, no resulta dable aplicar las disposiciones normativas que contempla el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por tanto, debe acudir al C.S.T. y las normas que lo derogaron o subrogaron, conforme los Decretos 2027 de 1951 y 062 de 1970, como la ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989.

Así en sentencia SL2229 del 26 de mayo del 2020, puntualizó:

“Así se dice, pues, aunque en principio, le asistiría razón a la censura en la crítica de legalidad que hace al fallo, puesto que el Tribunal desconoció que, por expresa disposición del artículo 279 ibidem, el régimen de sucesión de las pensiones otorgadas por la demandada, está excluido de la regulación del sistema general de seguridad social, como se expuso, entre otras, en la sentencia CSJ SL1000-2018, que reitera las reglas de las sentencias de la CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 33308; CSJ SL, 15 sep. de 2009, rad. 33177, y en la CSJ SL500-2013, en las que la Corte explicó:

[...] Así las cosas, se impone decir que en verdad el Tribunal extravió la premisa mayor de su razonamiento al concluir que el marco normativo que regulaba el caso era el previsto para el Sistema General de Pensiones del Sistema General de Seguridad Social Integral diseñado por el legislador a través de la Ley 100 de 1993, cuando quiera que el artículo 279 de dicha normatividad excluyó expresamente de su aplicación a los servidores y a los pensionados de la demandada EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS, estando claro desde el umbral del proceso que el tema a elucidar era la sustitución de una pensión de jubilación otorgada por esa entidad.



“Ello es así por cuanto a pesar del carácter universal que pretendió el legislador dar al naciente Sistema, mediante el cual pretende extender sus beneficios y derechos a todas las personas que habitan el territorio nacional, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida (artículo 1º, literal b., de la Ley 100 de 1993), por diversas razones excluyó de su ámbito de aplicación a ciertas personas, entre ellas, se repite, a quienes para su vigencia contaban con la calidad de servidores o pensionados de la empresa demandada. Dichas personas siguieron rigiéndose en tales aspectos por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las que respectivamente las modificaron, derogaron o subrogaron, según se infiere de los Decretos 2027 de 1951 y 062 de 1970, entre ellas, la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989.

[...].

Por lo expuesto, logra definir la Sala que el fallador de primera instancia erró al desatar el presente asunto con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la ley 797 del 2003.

Bajo tales presupuestos de orden jurídico, dimana lógico afirmar que le asiste la razón a las convocadas a juicio al aludir que la presente prestación debió ser definida con arreglo a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, norma atendiendo a la cual fue definido el derecho por *Ecopetrol S.A.*

Ahora, el artículo 6º del Decreto 1160 de 1989, establece como beneficiarios de la sustitución pensional:

“Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional:

1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y a falta de este, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta.*
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico*
- c) Por divorcio del matrimonio civil” (subrayado fuera de texto)*

Se debe puntualizar que los apartes de la norma previamente subrayados y analizados por el operador judicial de primera instancia, en gracia de discusión, fueron declarados nulos por inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado Sección Segunda, mediante sentencia de 12 de octubre de 2006, Expediente No. 803-99.



No obstante, el artículo 7° del Decreto 1160 de 1898, si dispone que el cónyuge superviviente que, al momento del deceso del causante, no conviva con el causante no tiene derecho a la sustitución pensional, así la referida norma alude:

“Artículo 7º.- Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hubiere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital.” (subrayado fuera de texto)

Realizadas las anteriores precisiones, es del resorte de la Sala efectuar un análisis del acervo probatorio arrojado al plenario a efectos de corroborar si la hoy demandante *Maggie Cecilia Alvarado Cotes*, cumple los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Encuentra entonces la Sala que la promotora aporta el Registro Civil de Matrimonio, en el cual se constata que contrajo nupcias con el finado el 19 de marzo de 1976 (Fl29) y que fruto de esta unión nació *Carlos Arturo del Toro Alvarado* el 5 de noviembre de 1985 (Fl 33). Igualmente, se corrobora que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente hasta la fecha de deceso, en tanto el registro de matrimonio no cuenta con ninguna nota marginal que dé cuenta de lo contrario, así como tampoco se evidencia prueba alguna de ello en el paginario.

En otro giro, respecto a la convivencia de la pareja se advierte que en el propio interrogatorio de parte la demandante confiesa que convivieron con el causante hasta el 7 de febrero de 1991, fecha en la cual de común acuerdo decidió con su cónyuge que deberían vivir en techos separados, aclarando que tal decisión fue adoptada porque el causante consumía drogas y estaban viviendo situaciones de maltrato en su hogar.

Precisa que inicialmente el causante se fue a vivir con unos amigos y posteriormente en la casa de su hermano, pero que continuó asistiendo a la casa y cumpliendo con sus obligaciones frente a la casa y su hijo, luego se siguieron viendo, aunque no convivieron hasta su fallecimiento.



A su turno *Melba Marcela Quintero Leal*, aduce que la demandante es la exesposa del finado y con la persona con quien convivió hasta 1991, precisa que su relación con el causante inició en el año 1990 y que luego que el causante saliera de la casa se fue vivir a casa de un amigo durante 5 años y luego la pareja adquirió un apartamento en Suba y aunque nunca vivieron bajo el mismo techo, tuvieron una relación hasta el último día de su vida y que no tuvo conocimiento de ningún problema de drogas.

Asimismo fueron evacuados los testimonios de *Fernando Augusto del Toro Valencia*, hermano del causante, quien relata que la demandante fue su cónyuge, con quien estuvo casado, pero luego se separaron, continuando una relación de amistad, precisa que si tuvo conocimiento de que su hermano tuvo problemas de droga, pero realmente no conoce si esta fue la razón que condujo a la separación.

De otra parte, *Carlos Arturo Alvarado del Toro*, hijo de la demandante, aduce que luego del nacimiento de su hermano, la relación de sus padres no fue igual, ya no era sentimental, pero su madre siempre lo protegió y cuidó, siendo el causante quien se encargaba de los gastos de la casa. Además, indica que no recuerda la razón por la que terminó la relación de sus padres, pero acorde lo que le indicaron terceros mas adelante, tiene entendido que fue porque su padre consumía drogas, refiriendo que su padre le comentó directamente en alguna oportunidad sobre el consumo de drogas.

Finalmente, se escucha la declaración de *Alexandra María del Pilar Restrepo Quintero*, prima de la señora *Melba Quintero*, quien expone como su prima mantuvo una relación sentimental con el causante desde el año 1990.

Se debe indicar que si bien fueron propuestas tacha por sospecha contra los testigos *Fernando Augusto del Toro Valencia* y *Carlos Arturo Alvarado del Toro*, la misma no impide que se tengan en cuenta sus declaraciones, sino que conmina a la Sala a ser mas riguroso en su análisis, como de contera ha sido explicado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, como en efecto se procederá a hacer en la presente decisión en la cual se analizaran los mismos, en concordancia con los demás medios probatorios. Así en sentencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 3721 del 2019, Radicado No 69418, recordó:

“Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo



advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar" (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01),"

En tal medida y como quiera que para la Sala los testimonios rendidos por los señores *Fernando Augusto del Toro Valencia* y *Carlos Arturo Alvarado del Toro*, resultaron totalmente concordantes con los demás medios probatorios, no existe razón alguna para que sean desconocidos.

Asimismo, aparecen abundantes fotografías aportadas tanto por la demandante, como por la señora *Melba Quintero*, en las que se puede observar con nitidez que luego que la demandante dejare de convivir con el finado, continuaron compartiendo en diversas oportunidades (Fls 77-114). En igual sentir, la señora *Melba Quintero* aporta fotografías que dan cuenta de la relación que mantuvo con el causante desde el año 1990, anualidad desde la cual aparece registro de los espacios que compartió la pareja como viajes, reuniones familiares, cumpleaños y demás fechas especiales (Fls. 188.332) e incluso aporta *vouchers* hoteleros de sus viajes (Fls 356-373).

De lo hasta aquí expuesto, se colige con meridiana claridad que aunque la demandante mantuvo la calidad de cónyuge del causante hasta su deceso, no mantuvo así su convivencia con el mismo hasta la data del deceso, pues la propia demandante confiesa que de común acuerdo la pareja decidió separarse en el año de 1991, afirmación que concuerda con las demás declaraciones y probanzas allegadas al proceso, de las cuales se sigue que la relación sentimental y vocación de convivencia culminó, perdurando en el tiempo una relación de amistad y acompañamiento, en razón de la cual el causante se encargaba de los gastos del hogar de la demandante y la educación de su hijo, pero inició otra relación con la señora *Melba Quintero* con quien mantuvo una relación sentimental hasta la fecha de su deceso.

Implica lo precedente que la demandante perdió la calidad de beneficiaria del demandante como cónyuge supérstite, al no mantener la convivencia con el mismo hasta la fecha de su deceso. Esto, acorde lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 1160 de 1988.



Siendo menester de esta Corporación precisar que no pasa por alto esta Corporación que la señora *Maggie Cecilia Alvarado* sostuvo que la separación se generó debido al consumo de drogas y problemas de maltrato, lo cierto es que tal afirmación no cuenta con respaldo probatorio, en tanto su hijo refiere que era muy pequeño para dicha data, por lo que el conocimiento que tiene sobre el particular se desprende del dicho de terceros, convirtiéndolo en un testigo de oídas, por lo menos en lo que a este tópico comporta y el hermano del causante afirma que no le consta que realmente la relación haya cesado por tal situación, a más que es la propia demandante la que afirma que la decisión de separarse y no continuar con la convivencia, fue adoptada de mutuo acuerdo por la pareja.

Luego, si bien el artículo 7° del Decreto 1160 de 1988, alude que la pérdida del derecho no se predica en los casos en que la convivencia haya cesado por abandono del hogar sin justa causa o haberle impedido acercamiento o compañía, en el *sub-lite* no existe prueba sumaria de tal circunstancia, pues se itera la separación se dio por mutuo consentimiento de los cónyuges y no por abandono del hogar, al punto que los contrayentes, continuaron manteniendo una relación en el marco de la cordialidad, como dan cuenta las fotografías allegadas (Fls 77 a 112) y las declaraciones rendidas en el curso del proceso.

Por lo expuesto, para esta Corporación no queda otra salida distinta que revocar la decisión que fuere adoptada en primera instancia, para en su lugar absolver a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones de la demandante, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por *Ecopetrol S.A* y relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:



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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación, conforme lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 110013105024 201800448 01
Demandante: MARIA EUGENIA SUAREZ GAMBOA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

Auto

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho, *Martha Jimena Morales Yague* identificada con C.C No 1.026.207.245 y T.P No 248.715 del C.S.J.

Así mismo *Porvenir S.A* allega poder; por lo que se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad, al profesional del derecho *Fredy Quintero López* identificado con C.C No 79.581.111 y T.P No 278.643 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 18 de diciembre del 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *María Eugenia Suárez Gamboa* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A* a efectos que se declare la nulidad del traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia se ordene a la AFP *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos y cada uno de los aportes de la cuenta de ahorro individual,



se ordene a *Colpensiones* a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado del régimen, se ordene a *Colpensiones* a recibir a la demandante, se condene en costas a las demandadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 25 de octubre de 1962; cotizó para CAJANAL durante los periodos comprendidos del 1° de abril de 1982 al 1° de mayo de 1984 y del 3 de febrero de 1986 al 1° de junio de 1995; se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales el 9 de octubre de 1986, realizando aportes a pensiones hasta el 2 de junio de 1999; que el 3 de junio de 1999 se trasladó a la AFP *Porvenir S.A*, sin contar para la fecha con la suficiente información.

El 22 de junio de 2018 solicitó el traslado de *Porvenir S.A* y el 20 de junio del 2018 a *Colpensiones*, sin obtener respuesta favorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que carecen de fundamento fáctico y jurídico, además que con el negocio jurídico celebrado se generaron obligaciones recíprocas dentro de los cuales estaban en cabeza de la demandante la de informarse respecto del traslado.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidad del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la genérica.

Por su parte, *Porvenir S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el demandante firmó el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria. Formuló como medios exceptivos de fondo los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 18 de diciembre del 2019 declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscrita el 3 de junio de 1999, y que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó de régimen; ordenó a la AFP *Porvenir S.A* trasladar a *Colpensiones* todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, con los rendimientos causados, sin realizar deducción alguna; ordenó a *Colpensiones* a reactivar la afiliación de la demandante corrigiendo la historia laboral, declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer costas.

Como sustento de su decisión, hizo alusión a la jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia, en la que se alude al deber de información que recae sobre la AFP y la carga probatoria que incumbe a la misma respecto a su deber de acreditar la diligencia debido, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o está próximo a adquirir el derecho pensional.

Asimismo, refiere que la AFP debía allegar soportes de la información brindada sobre el sistema pensional y las consecuencias del traslado, precisando que el diligenciamiento del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho requisito, por tanto, se requiere de un consentimiento informado.

De esta manera, como quiera que no encontró prueba alguna que diera cuenta de que se le suministró a la demandante toda la información sobre las consecuencias jurídicas del traslado, estimó pertinente declarar la ineficacia del traslado teniendo para todos los efectos legales afiliada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si jamás se hubiere realizado el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo Porvenir S.A* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro



Individual con Solidaridad es válido y no se evidencia que se haya incurrido en ninguna causal de nulidad por falta de información, máxime que a fecha del traslado no tenía un derecho adquirido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, evidenciándose únicamente un descontento frente al monto de la mesada pensional.

Por otra parte que la actora se trasladó de régimen pensional sin presentar queja alguna, por lo que el formulario de afiliación tiene mérito probatorio; frente a los gastos y costos de administración, que no es dable su devolución en atención a que implicaría que *Colpensiones* se beneficie de unos rendimientos que no habría obtenido, desconociendo la gestión que durante años realizó la AFP, lo cual también de predica del seguro previsional, pues le permitieron estar afiliada a una aseguradora para los riesgos de invalidez y sobrevivientes en caso de algún siniestro.

A su turno, *Colpensiones* presenta recurso de apelación en el que expone que la demandante pretende retornar al régimen de prima media con prestación definida sin cumplir los requisitos establecidos en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, toda vez que no es beneficiaria del régimen de transición, siendo ello indispensable para retornar en cualquier tiempo, además que conforme el interrogatorio de parte la demandante firmó el formulario de forma voluntaria, sin acreditar los vicios alegados en el escrito de la demanda. Finalmente, refiere que los antecedentes jurisprudenciales hacen relación a afiliados con tiempos significativos de permanencia para evitar un desfinanciamiento del sistema; por la misma razón, solicita ser absuelta de la condena en costas.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico:



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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración



completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un*



derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Horizonte hoy Porvenir S.A* del 3 de junio de 1999 (Fls 111), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz,



máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por el contrario, indicó que le dieron una asesoría limitada, en la que le indicaron que su pensión sería más alta y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, sin formular preguntas, por cuanto consideró oportuno trasladarse en razón de lo dicho por el asesor.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado. Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.



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

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

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

Finalmente, en lo concerniente a las costas procesales basta indicar que estas operan de forma objetiva, conforme lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, conforme al cual, estas deben correr a cargo de la parte vencida en juicio, por manera que al resultar condenadas las hoy demandas, resulta lógico que se imponga la condena en costas en contra de las mismas.

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



V. DECISIÓN:

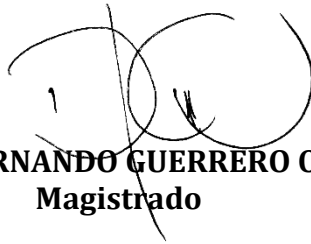
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

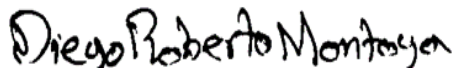
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de diciembre del 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2018 00607 01
Demandantes: GLORIA ROCIO JOYA JAIMES
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 28 de febrero del 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Gloria Rocío Joya Jaimes*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado en febrero de 1996 con la *AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.*

Como consecuencia de lo anterior se ordene a *Porvenir S.A* a retornar a la demandante a *Colpensiones*, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales que hubiere recibido de la aseguradora, con sus frutos e intereses, así como los rendimientos que se hubieren causado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació el 3 de septiembre de 1964; laboró con los empleadores *ICSS OF SNAL DEL ND* e *INSTITUTO DE SEGUROS* del 17 de mayo de 1991 al 31 de enero de 1996, fechas durante las cuales estuvo afiliada al *Instituto*



de Seguros Sociales; para el mes de febrero de 1996 los asesores de la AFP *Horizontes* hoy *Porvenir S.A* le presentaron el nuevo régimen pensional.

Refiere que el Asesor de *Horizonte Pensiones y Cesantías S.A*, hoy *Porvenir S.A*, la indujo en engaño y error viciando su consentimiento, puesto que le manifestaron que en dicho Fondo tendría la opción de pensionarse antes de la edad requerida en el *Instituto de Seguros Sociales*.

Que el 31 de agosto del 2018 radicó derecho de petición ante la AFP *Porvenir S.A* solicitando el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual fue denegado por improcedente. Igualmente, el 31 de agosto del 2018, presentó derecho de petición ante *Colpensiones* solicitando la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen, pero esta fue despachada desfavorablemente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que la demandante no probó causal alguna que demuestre la ineficacia de la afiliación.

Propuso y sustentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica.

Porvenir S.A contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, precisando que el traslado se realizó teniendo en cuenta las estipulaciones vigentes para la fecha.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría al fondo.



II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 18 de febrero del 2020, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por al demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de febrero de 1996, condenó a *Porvenir S.A* a transferir a *Colpensiones* la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a *Colpensiones* a que acepte el traslado de la demandante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, procediendo a condenar en costas a *Porvenir S.A*.

Para tal efecto estimó que la AFP accionada no cumplió con la carga de la prueba en virtud de la inversión de la misma, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, citando la sentencia SL12136/2014, pues del formulario allegado solo se puede constatar que se suscribió, más no se puede establecer si se le dio información completa y clara sobre las características de cada régimen, o si se le puso de presente sus derechos y obligaciones previstos en los artículos 97 y 114 de la Ley 100 de 1993, incumpliendo así con su deber de información.

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

La apoderada de la AFP *Porvenir S.A*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que el traslado del régimen a *Porvenir S.A* atendió a una decisión libre y voluntaria, cumpliendo con la asesoría completa y verbal que fuera suministrada a la demandante, por manera que la decisión adoptada por la demandante fue libre y consiente, conociendo las implicaciones de su traslado y las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de acuerdo a lo que confesó; además suscribió el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos legales, realizando conductas en aras de ratificar dicha afiliación, como lo son traslados entre AFP y aportes a la administradora, actualización de datos y cambio de claves.

Adicionalmente, precisa que el deber de información nace de un concepto de la Superintendencia Financiera y el Decreto 2071 del 2015, esto es, 10 años después de su traslado.



Frente a los gastos de administración, deja en claro que estos fueron causados acorde lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y se utilizan para generar los respectivos rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por tanto, no resulta al caso la devolución de dichos gastos de administración, pues se utilizaron para cumplir el fin legalmente establecido.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin



informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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



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

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Horizonte Pensiones y Cesantías*, hoy *Porvenir S.A*, del 1° de febrero de 1996 (Fl 147) del cual si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*. Por tanto, no le asiste la razón a la AFP en la alzada, al manifestar que con el precitado formulario se acredita que la decisión del traslado fue libre y voluntaria.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria, pues precisó que se trasladó debido a que el asesor le indicó que para obtener la pensión en la AFP requería un menor tiempo y además tendría mejores rendimientos, que si tuvo la oportunidad de formular preguntas al asesor de la AFP, pero el mismo se limitó a indicar que el *Instituto de Seguros Sociales* se iba a acabar y por eso resultaba mejor el traslado.

Se reitera el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3199-2020 en la que se estableció que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento en el deber de información corresponde al Fondo de Pensiones.

Del material probatorio es claro que la actora no recibió ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de



los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Respecto de la ratificación del acto invocando el artículo 898 del Código de Comercio, se precisa que el traslado de AFP en el mismo régimen no convalida el acto inicial de traslado de régimen, y al no acreditarse por parte de las AFP que suministraran la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de sus actos, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Frente a la inconformidad de *Porvenir S.A.*, en lo que tiene que ver con los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.



“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2022, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aunado a que la aquí demandante ostenta la calidad de afiliada y por ende no afectó las primas por los riesgos de invalidez o sobrevivientes.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe acotarse que no procede la excepción de prescripción, pues tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

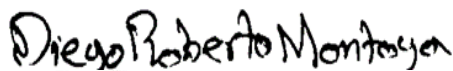
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero del 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020